

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**ANDERSON SARMENTO DA COSTA**

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL  
SOB À ÉGIDE DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO:  
UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA E O PAPEL DO PROCESSO NA  
CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO (NO) DIREITO**

**SÃO LEOPOLDO**

**2013**

ANDERSON SARMENTO DA COSTA

A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL  
SOB À ÉGIDE DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO:  
UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA E O PAPEL DO PROCESSO NA  
CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO (NO) DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de mestre, pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –  
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo  
2013

C837f

Costa, Anderson Sarmiento da

A fundamentação da decisão judicial sob à égide do Estado constitucional brasileiro: uma compreensão hermenêutica e o papel do processo na construção democrática do (no) direito / Anderson Sarmiento da Costa. -- 2013.

180 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Direito. 2. Estado de direito. 3. Hermenêutica jurídica. 4. Direitos Fundamentais. 5. Decisão judicial I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL SOB A ÉGIDE DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: uma compreensão hermenêutica e o papel do processo na construção democrática do (no) direito", elaborado pelo mestrando Anderson Sarmiento da Costa, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de outubro de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

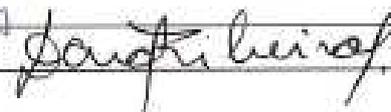
Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



Membro: Dr. Daniel Ustarroz



Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



*À minha companheira, amiga, parceira, linda e amada esposa Vanessa Silva Anchieta pelo amor, carinho e compreensão: você foi imprescindível nessa caminhada que sempre esteve ao meu lado.*

## AGRADECIMENTOS

Para colocar em prática o presente trabalho e refletir sobre o tema proposto, com toda certeza e sem medo de errar, essa trajetória não se deu sem a presença (mesmo que distante) de muitas pessoas que gostaria – nesse momento – de mencionar, com receio, é claro, de cometer alguns esquecimentos, mas, agradeço sinceramente:

Inicialmente à Deus pela vida!

À minha grande família, em especial: às minhas mães: *Rita Sarmiento e Célia Anchieta*, aos meus Pais *Solon Costa e Rogério Anchieta*, às minhas irmãs *Lubinéia Costa e Natascha Anchieta*, aos meus coirmãos *Jaime Júnior e Igor Raatz*, ao meu afilhado *Arthur Costa*, às minhas tias *Sueli da Silva e Ana Cidade*, aos meus avós *José da Silva e Eva da Silva* pela compreensão da minha ausência, pelo incentivo e apoio nos momentos difíceis da pesquisa, sobretudo, pela sabedoria, conhecimento e experiência que me ensinaram a vencer mais uma etapa.

Ao meu estimado Orientador, Professor e Doutor *Anderson V. Teixeira* pela confiança, tranquilidade e a mais correta orientação que me foi repassada na trajetória aqui desenvolvida com seu grandiosíssimo e vasto conhecimento no campo filosófico e jurídico que dispensa qualquer comentário. Que possamos continuar trilhando nossa árdua tarefa de sermos atores jurídicos que, com toda certeza, nos enche de orgulho. Meu muito obrigado!

Aos *Professores da casa* que muito contribuíram para minha formação profissional/acadêmica, em especial, ao Professor e Doutor *Darci G. Ribeiro* pelo constante diálogo nos seminários e nos corredores da Universidade.

Aos Colegas do *Escritório Anchieta & Advogados Associados* que compreenderam, também, a minha ausência para que pudesse frequentar e dedicar ao curso de mestrado, cujas tarefas foram preenchidas com profissionalismo e competência.

À instituição educacional *Unisinos* pela acolhida e estrutura acadêmica que pude usufruir, bem como à equipe da coordenação do Programa de Pós Graduação que sempre estavam à disposição para qualquer esclarecimento.

E, finalmente, agradeço à minha esposa e, com muita sorte, também, colega *Vanessa Anchieta*: você, mais do que tudo, possui grande parcela e contribuição nesse trabalho, as “noites em claro”, as horas de estudo que adentravam madrugadas à dentro, alinhado, ainda, com a nossa atividade no escritório e o pouco tempo dividido com nossos familiares e amigos, mas, enfim, juntos – um incentivando o outro – conseguimos encerrar, com muito orgulho e dedicação, a nossa dissertação com o objetivo do dever cumprido. Continue, assim, nunca desista. Como você sempre disse: “lembre-se o quanto foi difícil começar”. Te amo! Meu muito obrigado!

*O essencial é saber ver,  
Saber ver sem estar a pensar,  
Saber ver quando se vê,  
Nem ver quando se pensa<sup>1</sup>.*  
Fernando Pessoa

---

<sup>1</sup> PESSOA, Fernando. *O essencial é saber ver*. [S.l., 2013?]. Disponível em: <<http://www.centroloyola.org.br/index.php/revista/bagagem/um-poema/62-o-essencial-e-saber-ver>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

## RESUMO

As reflexões delineadas no presente trabalho, tem como escopo demonstrar, em linhas gerais, a partir de uma análise histórica das Teorias do Estado, da Constituição e do Processo, a evolução do Direito nas mais variadas formas, com atenção especial ao papel e atuação do Poder Judiciário. Nessa atual quadra da história, a atividade jurisdicional vem proporcionando inúmeros (e imensos) debates pela comunidade jurídica no sentido de fazer cumprir a Constituição, efetivar e concretizar os direitos fundamentais, como por exemplo, a tramitação razoável do processo e, mais especificamente, no que diz respeito ao protagonismo das decisões judiciais que são proferidas. A investigação, de forma objetiva e específica, passa pelo estudo da linguagem, não apenas como um instrumento de comunicação, mas, como fator preponderante e integrante do próprio pensamento e conhecimento da humanidade, a qual, fundamentalmente, vem assentada nas matrizes da filosofia e da hermenêutica. Isso implica dizer que o Direito não é mais simplesmente aquilo que o intérprete quer que seja de maneira isolada (solipsista), pelo contrário, a proposta aqui defendida percorre no sentido de compreender o Direito dentro da integridade e coerência de Ronald Dworkin. Dito com outras palavras, nas pegadas de Lenio Luiz Streck, não há mais espaço para subjetivismo do julgador e, portanto, uma compreensão hermenêutica se faz necessária para que se tenham respostas fundamentadas a partir desse (novo) paradigma que é o Estado Democrático de Direito. Com isso, a pesquisa perpassa pela interpretação do Direito, especialmente, pelas conquistas no campo da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica que muito contribuíram de maneira significativa para o fenômeno da viragem ontológica linguística, as quais foram lançadas para dentro da hermenêutica jurídica. De modo que, no campo processual o mínimo que se exige é a garantia de um procedimento ancorado nas prerrogativas e nos princípios constitucionais, evidentemente, adaptado à realidade social, sem deixar de lado a questão da fundamentação da decisão. Por fim, com base no fundamento constitucional da democracia e nos direitos fundamentais, evidencia-se a necessidade de uma filtragem hermenêutica (quando) no momento da decisão para a efetiva e correta prestação jurisdicional.

**Palavras-chave:** Estado de direito. Hermenêutica jurídica. Direitos fundamentais. Fundamentação da decisão judicial.

## ABSTRACT

The considerations outlined in this study were scoped to demonstrate, from a general historical analysis of the State-Constitution-Process Theory, the evolution of the Law in various ways, with special attention to the role of the Courts. In current history, the judicial activity has provided numerous (and intense) debates by the legal community in order to apply the Constitution, objectify and achieve the fundamental rights, such as the reasonable conduction of the process and, more specifically, regarding the role of judicial decisions that are made. The research, in an objective and specific method, goes through the study of language, not just as a communication tool, but as a major factor and a supporter of own thinking and knowledge of humankind, which, fundamentally, is settled in the matrices of philosophy and hermeneutics. This implies that the Law is not simply what the interpreter wants in an isolated form (solipsistic), on the contrary, the proposal in this study is about the understanding of the Law in terms of integrity and consistency as the ones exposed by Ronald Dworkin. In other words, following some Lenio Luiz Streck`s ideas, there is no more room for subjectivity of the judge and, therefore, a hermeneutic understanding is necessary in order to have reasoned response from that (new) paradigm that is the democratic State based on the rule of law. Hence, the research goes through the interpretation of the Law, especially the achievements in the field of hermeneutic philosophy and philosophical hermeneutics, which have significantly contributed to the phenomenon of linguistic ontological turnaround. The former was recorded onto the legal hermeneutics, then. In the bureaucratic field, the minimum required is the guarantee of a procedure anchored in the prerogatives and constitutional principles, adapted to social reality, without putting aside the point of the decision reasons. Finally, based on the constitutional principle of democracy and fundamental rights, this paper highlights the need of a constitutional-hermeneutic filtering at the moment of decision for the effective and proper adjudication.

**Keywords:** Rule of law. Juridical interpretation. Fundamental rights. Reasoning in judicial decision.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 O ESTADO, A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA</b>	<b>14</b>
<b>2.1 A Instituição Chamada: Estado .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2 O Estado Liberal de Direito.....</b>	<b>17</b>
2.2.1 As Noções ou Condições Existenciais do Estado Liberal: análise filosófica, social e político-econômico .....	18
<b>2.3 A Teorização da Constituição e as Matrizes do Constitucionalismo: o movimento constituinte inglês, estadunidense e francês .....</b>	<b>22</b>
2.3.1 A Estruturação do Direito: o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão .	36
<b>2.4 O Processo sob o Viés Liberal .....</b>	<b>40</b>
<b>2.5 O Estado de Bem Estar Social .....</b>	<b>46</b>
2.5.1 Os Elementos do Estado à Luz da Evolução Social, Filosófica e Política .....	47
2.5.2 A Constituição Social: segunda dimensão de direitos fundamentais .....	53
<b>2.6 O Processo sob a Ótica de Bem Estar .....</b>	<b>55</b>
<b>2.7 As Concepções e o Tensionamento para a (de)construção do Welfare State: os influxos da globalização .....</b>	<b>57</b>
<b>2.8 O Estado Democrático de Direito que (ainda) Constitui a Ação.....</b>	<b>68</b>
<b>3 A CIRCULARIDADE HERMENÊUTICA E A VIRAGEM ONTOLÓGICA LINGUÍSTICA .....</b>	<b>78</b>
<b>3.1 O Preâmbulo da Linguagem Filosófica: de Crátilo à metafísica .....</b>	<b>79</b>
<b>3.2 A Importância da Linguagem em Ludwig Wittgenstein e o Caminho da Viragem Linguística .....</b>	<b>83</b>
<b>3.3 Os Aportes da Filosofia de Martin Heidegger enquanto Hermenêutica da Facticidade .....</b>	<b>89</b>
<b>3.4 A Linguagem como Ponto de Partida da Experiência Hermenêutica Filosófica em Hans-Georg Gadamer .....</b>	<b>97</b>
<b>3.5 A Necessária Reflexão Hermenêutica Constitucional a partir de Ronald Dworkin e Lenio Luiz Streck .....</b>	<b>105</b>
<b>3.6 A Necessidade de uma Compreensão Hermenêutica do Processo à Luz da Constituição .....</b>	<b>119</b>
<b>4 O DEVER DO INTÉRPRETE FRENTE À CONSTITUIÇÃO: A RESPOSTA FUNDAMENTADA SOB PENA DA FRAGILIZAÇÃO DA DEMOCRACIA .....</b>	<b>131</b>

<b>4.1 O Papel do Direito Constitucional e o Princípio Democrático .....</b>	<b>131</b>
<b>4.2 O Protagonismo Judicial: uma decisão que ameaça a democracia.....</b>	<b>135</b>
<b>4.3 O “Ativismo” como Meio de Implementação de Direitos (políticas públicas) a partir da Constituição .....</b>	<b>141</b>
<b>4.4 O Papel do Intérprete Frente à Questão Principiológica no Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>145</b>
<b>4.5 A (Re)construção do Processo e a sua Relação entre a Fundamentação e os Direitos Fundamentais: o caminho a ser percorrido à concretização desses direitos .....</b>	<b>158</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>168</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>173</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Nesse atual cenário político-econômico-social-jurídico, sob o prisma de uma sociedade complexa da contemporaneidade, o fenômeno da globalização vem sendo questionado em toda a parte do mundo e, nas últimas décadas, vem apresentando seus impactos sobre a questão do poder político, da democracia e da própria sociedade civil.<sup>2</sup> Os Estados que se beneficiaram com os processos de globalização assumiram o controle de seus próprios destinos, mas, também, ao mesmo tempo, trouxeram uma preocupação com o espaço democrático e, sobretudo, a concretização dos direitos fundamentais. E aqui entra, especialmente, a atuação do Poder Judiciário e seus reflexos na comunidade da qual está inserida. A globalização, que, em certa medida, impulsionou o desenvolvimento econômico para fora do território estatal, segundo alguns doutrinadores, não trouxe os benefícios prometidos e colocou em pauta a questão sobre suas limitações e as condições de possibilidade para construção de uma política democrática a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito diante das evidências de expansão, de intensificação e de aceleração dos processos e forças econômicas, políticas, culturais e ambientais de interconexão global e regional característica deste século.

Com isso, o principal desafio que se enfrenta na política democrática, ainda mais dentro do contexto jurídico brasileiro, agregado às mudanças pelas quais passaram ao longo da história a teoria do Estado e da Constituição, diz respeito à atuação, por vezes, ativista do Poder Judiciário com certo grau, e/ou caráter, de protagonismo no sentido discricionário nas decisões que são proferidas. E é justamente neste ponto que se inicia a presente pesquisa, isto é, a partir de uma análise histórica evolutiva da teoria do Estado, da Constituição e do Processo é que se abre o debate sobre o papel do Direito e da Justiça Constitucional – hoje sob à égide do Estado Democrático de Direito – na permanente luta pela concretização dos direitos consignados expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Imprescindível, portanto, analisar a historicidade da tradição que se perpassou no campo do Direito.

Nessa perspectiva, como uma ciência autônoma, pretende-se abordar o Direito Processual e, resumidamente, a atividade do juiz ao longo dos séculos frente ao exercício da jurisdição que antes estava adstrito ao Poder Legislativo (*Estado de Direito Liberal*), depois

---

<sup>2</sup> Para um melhor estudo do fenômeno da globalização e suas implicações jurídicas, ver ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2009; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. cap. 1, pt. 1.

no Poder Executivo (*Welfare State*), ao passo que, o pólo de tensão – agora – aponta para o Poder Judiciário como *locus* privilegiado do Estado Democrático (Social) de Direito.

Dito de forma mais específica, o processo, será apresentado como um instrumento público às pretensões de direito material na tarefa árdua à efetivação dos direitos e garantias constitucionais. Assim, as reivindicações de uma sociedade globalizada e, economicamente, ativa, (basta verificar os milhares de conflitos que batem na porta do Judiciário), aportam na urgência de uma atividade jurisdicional na busca de procedimentos concatenados e vinculados com atos mais céleres e eficientes no cumprimento das promessas da Modernidade (ditas incumpridas), delegadas pela Constituição. Nesse raciocínio, o percurso encontrado pelo legislador foi o de acelerar e otimizar a atividade jurisdicional e, portanto, em síntese, será apresentado meios e modos a dar maior garantia de um processo em menor tempo possível.

Na sequência, por sua vez, a investigação consistirá em revisitar o estudo no campo da filosofia da linguagem e a importância desse fenômeno no que diz respeito exclusivamente à interpretação do Direito, partindo das ideias de Ludwig Wittgenstein como pressuposto da viragem linguística, perpassando, especialmente, no século XX, pela grande conquista da filosofia hermenêutica desenvolvida por Martin Heidegger e, a partir desta teoria, o ponto de partida da hermenêutica filosófica proposta por Hans-Georg Gadamer. Nesse aspecto filosófico, também, será abordada a filosofia da linguagem como condição de possibilidade de superar o sujeito solipsista da modernidade (sujeito-objeto), cujos sentidos deixam de estar na essência das coisas e/ou na consciência dos interpretes para superar noutro patamar interpretativo, ou seja, os sentidos passam a se dar numa intersubjetividade (sujeito-sujeito), onde o intérprete não se encontra mais isolado no mundo, mas, dentro (ou a partir) dele. Para tanto, seguir-se-á as pegadas muito bem desenvolvidas por Lenio Luiz Streck com o objetivo de suplantar o protagonismo judicial.

Desta forma, necessário se faz, ainda, uma abordagem hermenêutico constitucional a partir de Ronald Dworkin no sentido da aplicação do Direito como integridade e coerência, alinhado à tese da resposta correta. No tear dessas premissas, será abordada a questão do uso de princípios como meio inibidor à arbitrariedade judicial, haja vista o primado do direito da comunidade e os fundamentos basilares da democracia. E, por fim, conduzir uma reflexão acerca da discricionariedade judicial, a partir dos aportes do Direito Constitucional, cujo principal desafio é no sentido de enfrentar o simples “livre convencimento (e/ou subjetivismo)” do intérprete *versus* o espaço reservado ao princípio (constitucional) democrático.

Neste sentido, será analisado o papel “ativista” da Administração Pública como meio (alternativa) de concretização dos direitos fundamentais, bem como será analisada a questão dos princípios e suas formas de aplicação pelas teorias argumentativas. Igualmente, será tematizado a noção construtiva do processo a ser percorrido à luz do Constitucionalismo Contemporâneo defendido por Lenio Luiz Streck.

Isso implicará, portanto, com base no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, o exame da atividade jurisdicional, da fundamentação e do controle das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, bem como analisar eventuais problemas que acarretará com o protagonismo judicial.

Diante das considerações, acima esposadas, vale ressaltar que a tarefa não é simples, tampouco ambiciosa, pois abordar o tema sobre o protagonismo do Poder Judiciário consiste no desafio um tanto arriscado, mas, o presente trabalho não pretende nada de revolucionário, pelo contrário, tão somente, na possibilidade de buscar melhores esforços para que seja cumprida, – no mínimo –, uma Constituição Democrática que a sociedade tanto lutou para obtê-la.

Por todo o exposto, a presente abordagem se enquadra no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos na linha de pesquisa da Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Portanto, ao trabalho.

## 2 O ESTADO, A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

Com os movimentos políticos e ideológicos que se propagaram, principalmente, nos séculos XVII e XVIII com o desaparecimento do Estado Absolutista, no qual poder político e econômico concentravam-se numa única pessoa: o monarca, com advento do Estado Moderno, o Constitucionalismo emerge como mecanismo de impor regras e limite ao comando arbitrário do poder dominante absolutista do rei. Numa acepção histórica-descritiva, o constitucionalismo desenvolve um movimento político, social e cultural, sobretudo nos campos do Direito e da Filosofia que, ao longo do tempo, sedimenta princípios como nova forma de fundamentação política. E todo esse processo de desenvolvimento estatal, por consequência, em um dado momento histórico, desembocará no Poder Judiciário, ante os anseios da sociedade cada vez mais economicamente ativa em busca de seus direitos, o processo, inexoravelmente, servirá de importante instrumento para a concretização dos direitos fundamentais, amplamente garantidos em cada Constituição.

### 2.1 A Instituição Chamada: Estado

Inicialmente, antes de adentrar na concepção de Estado Liberal de Direito, propriamente dito, é importante situar a concepção de “*Estado*” um pouco no tempo, no espaço e na história, na medida em que até o século XVI não havia a figura típica de Estado comumente definido nos dias de hoje através de três elementos típicos, ou condições de sua existência, (ao que parece, na atualidade, já superados), quais sejam: *povo, território e poder político*. O aparecimento histórico do Estado reveste a ideia institucional, jurídica e política como um modelo estrutural, geográfico, cultural e filosófico a partir do contato das civilizações.

A variedade histórica das formas e estruturas de Estados insere a necessidade de uma Teoria do Estado, a qual pretende estudar esse ente na sua estrutura e seu funcionamento, bem como (e principalmente) sua relação com o sistema jurídico, uma vez que “o Estado figura como *locus* da emanção da normatividade tanto na sua realidade quanto na sua idealidade objetiva”.<sup>3</sup> Historicamente, precede a formação do Estado a partir da família patriarcal, da

---

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

religião, do clã e da tribo, das antigas civilizações, do povo romano e da *polis* grega, cuja sociedade estava assentada no poder e na atividade pré-estatal.<sup>4</sup>

Na sequência, o pretenso Estado medieval surge como principal concepção estatal pré-moderna caracterizado pela descentralização – ou ausência – de poder, pelo conflito entre a Igreja Católica, pelos senhorios corporativos, pelas invasões bárbaras e pela precariedade do sistema feudal.<sup>5</sup>

De outra banda, a fase absolutista vem esculpida na figura do Rei, face o declínio da nobreza e ascensão da burguesia, onde o poder é um ofício, e a vontade do Rei é considerada como ordem jurídica, isto é, lei em sentido amplo. E é nessa fase – transição do modelo feudal

---

<sup>4</sup> De qualquer sorte, é importante que se estabeleçam alguns parâmetros identificadores de que nominamos “formas estatais pré-modernas a saber: A – Oriental ou Teocrático – é uma forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em consequência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. Características Fundamentais: a) a natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções; b) a religiosidade, onde a autoridade do governo e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, demonstrando a estreita relação Estado/divindade. B – Pólis Grega: caracterizada como: a) cidades – Estado, ou seja, a pólis como sociedade política de maior expressão, visando ao ideal da auto-suficiência; b) uma elite (classe política) com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos. Nas relações de caráter privado, a autonomia da vontade individual é restrita. C – Civitas Romana, que se apresentava assentado em: a) base familiar de organização; b) a noção de povo; c) magistrados como governantes superiores. D – outras formas estatais da antiguidade, que tinham as seguintes características: a) não eram Estados nacionais, ou seja, o povo não estava ainda ligado por tradições, lembranças, costumes, língua e cultura, mas por produtos de guerras e conquistas; b) modelo social baseando na separação rígida das classes e no sistema de castas; c) governos marcados pela autocracia ou por monarquias despóticas e o caráter autoritário e teocrático do poder político; d) sistema econômico (produção rural e mercantil) baseado na escravidão; e) profunda influência religiosa. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23.

<sup>5</sup> Por certo, não são de esquecer o Império Romano do Oriente, que irá sobreviver até 1453, os reinos das invasões bárbaras; o Império Carolíngio e os inícios do Sacro Império Romano-Germânico. Estes foram os Estados, mas não identificadores das concepções e das formas políticas medievais, posse pelo seu progressivo afastamento do Ocidente, fosse pela sua precariedade ou duração efêmera. As concepções jurídico-política romanas apagam-se diante das concepções cristãs e germânicas, quanto a estas, mais nuns sítios do que outros. O cristianismo ou, antes a Cristandade envolve toda a vida medieval e transpõe-se para o plano político como exigência de limitação do poder – do poder que vem de Deus, que deve ser aferido por critérios de legitimidade e que seve ser usado para o bem comum. É nesse elemento de ordem objetiva que reside a principal garantia das pessoas. [...] Com feudalismo dissolve-se, todavia, a ideia de Estado. A ordem hierárquica da sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassalos, ligados por vínculos contratuais. Nestas circunstâncias, o poder privatiza-se. Em vez do conceito de *imperium* vem o de *dominium*, em conexão com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial. Mais que em “forma de Estado” *patrimonial* deve-se falar em ordenamento jurídico sob o regime *patrimonial*. É a concepção patrimonial do poder, a qual, transformada, acabaria por subsistir quase até ao constitucionalismo. [...] Naturalmente, o papel da Igreja Católica avulta nesta época, tal como já avultara da queda do Império do Ocidente, se bem que em circunstâncias e em moldes diversos. Era a Igreja, e não o Estado (que não existia ainda, ou já não existia), que se contrapunha à sociedade e com ela mantinha relações, e o menor valor do Estado comparado com a Igreja era um dos princípios fundamentais da concepção medieval do mundo nem sequer o poder temporal punha em questão. Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14-16.

para a sociedade moderna/capitalista – que começa a surgir o Estado Moderno.<sup>6</sup> A função histórica do Estado Absoluto consistia em reconstruir – ou construir – a unidade do Estado e da sociedade numa situação de divisão com privilégios de ordens – sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais – para uma situação de coesão nacional, com a relativa igualdade de vínculos de poder, ainda que na diversidade de direitos e deveres, sobretudo no século XVIII a lei prevalece sobre o costume como fonte do Direito e esboça-se o movimento de codificação.

Incrementa-se, assim, o capitalismo, primeiro comercial e depois industrial, e a burguesia revela-se o setor mais dinâmico da sociedade.<sup>7</sup> E, mais: nunca é tarde lembrar o legado deixado na obra clássica de Thomas Hobbes, *Leviatã*, onde ele vai dizer que:

Designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um com autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão: *Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele o teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as ações.*<sup>8</sup>

O referido autor ainda continua: “à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*”.<sup>9</sup> Ademais, não se pode esquecer, também, que a terminologia *Estado* teve seu início catedrático na obra *O Príncipe* de Maquiavel, o qual adquiriu valor jurídico, simbólico, forma e sistema político que, segundo Jorge Miranda:

Vem ser na Itália renascentista, com grande variedade de organizações e formas políticas, que se consagra uma designação genérica, neutra e, sobretudo, mais abstrata: o vocábulo Estado (*stato*), certamente proveniente do latim *status* (que equivale a constituição ou ordem e já empregado, de resto, no sentido de condição social desde o século XII). E o primeiro autor que introduz o termo na linguagem doutrinal é Maquiavel em *Il Principe*:

---

<sup>6</sup> As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais. [...] A partir disso, quando se fala em Estado Moderno, questiona-se se houve uma continuidade ou uma descontinuidade. *Afinal, Estado Moderno por quê? Houve, então, um Estado Antigo?* Mas, se, como diz, Luciano Gruppi, *tudo começou com Maquiavel*, não devíamos chamar o Estado dito moderno, simplesmente, de “o Estado”? Para ele, o Estado Moderno – o Estado unitário dotado de um poder próprio independente de quaisquer outros poderes – começa a nascer na segunda metade do séc. XV na França, na Inglaterra e na Espanha; posteriormente, alastra-se por outros países europeus, entre os quais a Itália. Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39.

<sup>7</sup> Ver a respeito: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14-16.

<sup>8</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1983. p. 105.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 105.

‘Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre homens são Estados e são ou repúblicas ou principados’.<sup>10</sup>

Eis aqui, portanto, um brevíssimo relato histórico, no qual o Estado e o Direito assumem um papel que vai muito além do lugar que lhe era destinado originariamente, embora não rompa, ainda, com seus vínculos inaugurais com a instituição estatal e, em particular, com a experiência do Estado Constitucional, nascido da tradição liberal revolucionária do século XVIII, o que marca indelevelmente a continuidade entre o Estado e o Direito (e Constituição).<sup>11</sup>

Assim, a cada processo evolutivo do fenômeno estatal, desenvolvido gradativamente ao longo da história, perpassa, sobretudo, por concepções filosóficas, sociais e jurídicas que legitimam o poder e a ação dos governantes, principalmente, no aperfeiçoamento político-econômico de cada época e, o Estado Moderno, começa dar subsídios institucionais de Estado Constitucional nas suas variadas formas e estruturas.

## 2.2 O Estado Liberal de Direito

O movimento liberal surge na Inglaterra na luta política que culminou na Revolução Gloriosa de 1688 contra Jaime II, cujos objetivos dos vencedores dessa marcha se deu em razão da tolerância religiosa e do governo constitucional como protesto contra o abuso do poder estatal, instituindo tanto uma limitação da autoridade quanto a sua divisão que, posteriormente, na Revolução Francesa a forma de governo estava fundada em poder monárquico limitado e num bom grau de liberdade civil e religiosa.<sup>12</sup>

A ascensão da classe burguesa define no campo histórico uma nova visão contratualista afinada com o espírito liberal, não apenas interessada no poder econômico, mas a tomada para o seu desenvolvimento social e a busca incessante do poder político.

Com isso, a proposta liberal do indivíduo marca a fase inicial do Estado de Direito Liberal, pois na vigência do poder absolutista estruturado pela ordem capitalista e econômica, travavam-se embates e lutas ao “direito de liberdade” lado a lado com os interesses da burguesia do século XVII.

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

<sup>11</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

<sup>12</sup> Cf. MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 16.

O termo “liberal” aparece desde a Idade Média com sentido bastante diverso ao empregado na Modernidade. Liberal é o homem capaz de “liberar”, de “liberalidades”.<sup>13</sup> Em outras palavras, o liberalismo surge como um postulado ideológico no sentido de que todos os homens são iguais formalmente, um princípio fundamental que constitui o estado burguês.<sup>14</sup>

Nesse mesmo sentido, liberal era uma estrutura institucional como funcionamento garantido, seja pelo Parlamento, seja pela liberdade individual que, parafraseando Lenio Streck e Bolzan de Moraes, o liberalismo, por longo tempo se associa à ideia de “poder monárquico limitado e num bom grau de liberdade civil e religiosa, o que gerou uma compreensão protoliberal de estado mínimo, atuando apenas para garantir a paz e a segurança”.<sup>15</sup>

Dito de outro modo, o Liberalismo, dentro do seu contexto histórico, constituiu-se a partir de uma sociedade capitalista utilizada contra o *Ancien Régime* (revoltas populares, guerras camponesas e etc.) que acabou implementando um processo diametralmente oposto ao Estado e, portanto, o movimento liberal trouxe como referência a ideia (im)positiva de limites ao poder estatal.

### 2.2.1 As Noções ou Condições Existenciais do Estado Liberal: análise filosófica, social e político-econômico

Pois bem. Nessa mesma seara de raciocínio, o Estado de Direito Liberal deita suas raízes precisamente das ideias centrais escritas por John Locke que, para Nicola Matteucci:

Locke parte de uma concepção voluntarista de direito natural, das ideias inatas da razão, que seria igual em todos os homens, já que estas teses é, para ele, facilmente falsificáveis; a tradição, sozinha não pode servir para descobrir a lei da natureza, já que esta deve estar submetida ao teste da razão; o consentimento, que tampouco nada mostra, porque de fato, historicamente, este consentimento não se produz. Locke se refere ao conceito da razão como faculdade de extrair conclusões a partir de princípios já estabelecidos e que entram nos outros através dos sentidos: da lei da

<sup>13</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 80-81.

<sup>14</sup> O Liberalismo surgiu na Europa, entre os séculos XVII e XVIII, como uma nova cosmovisão, constituída pelos valores, crenças e interesses da burguesia na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário. Tornou-se a expressão de uma ética individualista guiada pela noção de liberdade total, presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc. O liberalismo designa, assim genericamente, uma sensibilidade filosófica e política que reivindica a primazia da liberdade individual sobre os outros valores. Ver a respeito Ibid., p. 81.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55-56.

natureza podemos adquirir conhecimento, servir-nos de modo justo daquelas faculdades que temos recebido da natureza.<sup>16</sup>

Ao que tudo indica, é em John Locke que se verá a constituição inaugural do perfil do liberalismo político sustentado na necessidade da limitação do poder e das funções do Estado.<sup>17</sup> Ou seja, para John Locke, um estado de perfeita liberdade é fazer dentro do direito natural a completa independência da vontade e igualdade. Todos tem direito natural à vida, à liberdade e ao trabalho.

A descrição do estado de natureza é, para Locke, “essencial para entender a verdadeira natureza do poder político, sua estrutura e seus limites”.<sup>18</sup> Na verdade, e aqui vale trazer a baila os seus ensaios, *Tratados sobre o Governo Civil*, se emerge um otimismo que ele não dissimula, “despreocupação que quase ignora a natureza profundamente negativa de poder já constitucionalizada à maneira moderna, ou seja, dotada de poderes limitados e legitimadores da prerrogativa em nome do bem comum”.<sup>19</sup>

Para entender o poder político, John Locke professava que deveria considerar

o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem. Um estado também de *igualdade*, em que é recíproco todo o poder e jurisdição, não tendo ninguém mais que outro qualquer – sendo absolutamente evidente que criaturas da mesma espécie e posição, promiscuamente nascidas para todas as mesmas vantagens da natureza e para o uso das mesmas faculdades, devam ser também iguais uma às outras, sem subordinação ou sujeição.<sup>20</sup>

Da teoria lockeana, é apresentada como um pensamento de uma época de transição que, nas palavras de Matteucci, “sua grandeza histórica precisamente não se encontra na coerência de sua construção, mas na grandiosidade das sínteses de um grande projeto político e constitucional”.<sup>21</sup>

Evidentemente que o pensamento filosófico empirista de John Locke, inerente às certas dignidades (*direito à vida, à liberdade e à propriedade*), contribuíram para destituir o Estado Absolutista no continente europeu em proveito da burguesia que estava em ascendência. Nesta ordem de ideais iluministas, a transição do estado de natureza para o

<sup>16</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 129.

<sup>17</sup> Ver em: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

<sup>18</sup> MATTEUCCI, op. cit., p. 134.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 47-48.

<sup>20</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 382.

<sup>21</sup> MATTEUCCI, op. cit., p. 142.

estado civil, intermediada através do pacto-contratual da sociedade, os direitos vistos como naturais passam agora a ser assegurados pelo Estado, os quais serão opostos contra o abuso do seu próprio poder.<sup>22</sup>

Dentro desta perspectiva, o valor principal da esfera individualista se reduz à racionalidade da codificação e à submissão da propriedade privada, isto é, vige a separação entre público e privado, na medida em que era concedida a liberdade em nome do bem comum em contraponto ao interesse público. Há por certo, uma política liberal assim como há uma economia liberal, sendo que aquela em muito contribuiu para a transformação desta, e a última tende a contradizer as pretensões da primeira, sobretudo quando os conteúdos político-jurídicos do liberalismo são universalizados.<sup>23</sup>

Enquanto o Liberalismo se propõe a garantir a liberdade para toda a comunidade, na esfera política constitui-se essencialmente uma instância mediadora tanto do nível do Direito quanto no mundo econômico indispensável à reprodução material da sociedade. E, no campo econômico, é claro, não poderia deixar de destacar os teóricos que contribuíram e despontaram para a evolução do Estado, tais como Adam Smith e John Stuart Mill, para ficar apenas nestes.

Dito de forma mais simples, no nível político percebe-se como condição funcional do Estado Moderno Liberal a obrigatória abstração da igualdade substancial dos seres humanos pelo reconhecimento apenas na igualdade jurídica ou formal da sociedade, ao tempo que esta apoia o regime representativo para findar com Absolutismo, isto é, “para que a representação política (eleições, sufrágio, direitos políticos e outros) pudesse impedir e propiciar demasiada influência à democracia de massas e classes políticas”.<sup>24</sup> Neste ponto, a burguesia, até então

---

<sup>22</sup> Pode-se dizer, portanto, que na teoria lockeana esboça-se o quadro primário do individualismo liberal assentado em uma sociedade não conflituosa cuja forma de organização estará limitada pelo conjunto de direitos pré-sociais e políticos já presentes no Estado de Natureza e cuja positivação no Estado Civil permitirá não apenas o seu reforço como também estabelecer os limites à ação estatal. Conforme Locke, “a única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte”. [...] A soberania absoluta, incontestável, sede passo à teoria do pai do individualismo liberal, na qual ainda consta o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade (cernes do pensamento liberal). A convenção é firmada no intuito de resguardar a emersão e a generalização do conflito. Através dela, os indivíduos dão o seu consentimento para a entrada no estado civil e, posteriormente, para a formação do governo quando, então, se assume o princípio da maioria. Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34-36.

<sup>23</sup> Ver a respeito: *Ibid.*, p. 58.

<sup>24</sup> Consentimento individual, em especial a de matriz lockeana, é a fonte da autoridade política e dos poderes de Estado. O *Status* dava lugar ao CONTRATO. A representação a quem deve tomar as decisões é a LEGISLATURA eleita pelo povo, restringida pela própria natureza da convenção que a estabeleceu originariamente. Há limites para a legislatura, e a representação era censitária – ligada à fortuna pessoal. Na ampliação da participação, os utilitaristas tiveram papel positivo, embora temessem que, pelo majoritarismo,

considerada classe dominada, nesse momento chega ao seu triunfo onde “se apodera do controle político da sociedade como apanágio de todos os homens”.<sup>25</sup>

Nesse cenário, emerge a figura da cidadania formal – é claro –, muito distorcida e alavancada por privilégios e discriminações. Nas pegadas de Lenio Streck e Bolzan de Moraes, no que tange especificamente ao sufrágio e do princípio liberal ao princípio democrático,

o seu alargamento provoca uma consequência imediata com a formação de partidos políticos (de massa), provocando uma maior participação eleitoral – no sentido quantitativo –, bem como reformulando o conteúdo das demandas políticas – na perspectiva, agora, qualitativa. Há uma suscetibilidade tanto dos governos quanto de partidos às reivindicações sociais que se expressam a partir da ampliação da participação político-eleitoral que passa a incluir os não possuidores de patrimônio ou renda, os proletários/operários, na sequência, as mulheres e aqueles com uma idade limite, a qual vem sendo reduzida historicamente.<sup>26</sup>

Ou seja, diante desse quadro revolucionário burguês, a organização político-social constituiu um campo eminentemente jurídico em contraposição entre sociedade civil e sociedade política, onde aplicação representativa aparece como fundamentos da ideologia dessa classe dominante que, segundo Paulo Bonavides, “começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do Constitucionalismo”.<sup>27</sup>

Nestes moldes, a liberdade do homem perante o Estado, fruto dos ideais do Liberalismo, avança para uma ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo cidadão da formação da vontade estatal.

Em suma, é inexorável que a sociedade moderna realiza-se a partir do modelo econômico,<sup>28</sup> na medida em que o Direito Liberal não intervém nas relações e vontades individuais deixando simplesmente à mercê do mercado, que se auto-organiza

---

os muitos (pobres) se utilizassem de sua força numérica para subjugar pelos seus interesses. Para resolver estes riscos, a educação era fundamental para se forjar o autor interesse esclarecido por John Stuart Mill, onde se poderia valorar os objetos por suas qualidades intrínsecas, e a contenção atual servisse para ganhos futuros. Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 42.

<sup>26</sup> STRECK; MORAIS, *Ibid.*, p. 64.

<sup>27</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 43.

<sup>28</sup> O modelo econômico do liberalismo, se relaciona com a ideia dos direitos econômicos e de propriedade, individualismo econômico ou sistema de livre empresa ou capitalismo. Seus pilares têm sido a propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles estatais. A ênfase é colocada no caráter voluntário das relações entre os diversos fatores econômicos. A liberdade de contrato é mais valorizada do que a liberdade da palavra. O ponto de encontro de várias vontades individuais, onde são estabelecidas as relações contratuais, é o mercado, que se auto-organiza constantemente, sendo sensível tanto à procura por parte do consumidor quanto inteiramente aberto, permitindo a entrada de novos competidores e a saída dos que não tiveram sucesso. A competição é o termômetro regulador. Ver em: STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p. 60.

independentemente da intervenção estatal, cujo papel representativo se restringe ao respeito às instituições jurídicas em contraponto ao Estado garantidor desses interesses e do livre arbítrio dos indivíduos.

### **2.3 A Teorização da Constituição e as Matrizes do Constitucionalismo: o movimento constituinte inglês, estadunidense e francês**

O que se deve ter presente, e aqui vale ressaltar, em qualquer tipologia estatal encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade. Assim, na primeira parte, apenas foi abordado um breve estudo do Estado Liberal construído como um processo de consolidação e transformação ao longo da história. É claro, que o Estado Moderno não se encontra dissociado dos movimentos constitucionais que dialogaram concomitantemente.

Todo o Estado carece de uma Constituição – escrita ou não – como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade e presença também diante dos demais Estados. O movimento constitucional torna patente o Estado como instituição permanente para além das circunstâncias e dos detentores em concreto do poder, revelando a prevalência dos elementos objetivos e/ou objetivados das relações políticas, ou seja, o “Constitucionalismo é o esteio de legitimidade e legalidade, onde a Constituição constitui o Estado, porém, a diferença está em que somente a Constituição possui caráter e forma originária”.<sup>29</sup>

Assim, a produção histórica, jurídica e política do Estado Liberal possuiu suas amplas raízes em vários documentos constitucionais do século XVII, em especial o embate constitucional na Inglaterra<sup>30</sup> com declarações de direitos impostas pelo Parlamento à Coroa,<sup>31</sup> inclusive de limitação de poder e concessão de liberdades.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Ver a respeito em: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 157.

<sup>30</sup> Para Nicola Matteucci, La Restauración de 1660, no resolvió el problema político y constitucional de Inglaterra, aunque demostró que La autoridad del rey y Parlamento eran consideradas inseparables: la una necesitaba a la otra. Por um lado era necesario reforzar el poder ejecutivo, para garantizar la expansión económica de la nación...por otro, se debían garantizar los antiguos privilegios de los Parlamentos, em los cuales se reconocía la más importante garantía de las libertades inglesas, ya que la nación, com las guerras civiles, había llegado a ser adulta e continuaba viendo en el Parlamento um instrumento através del cual influir em la política del país. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 113.

<sup>31</sup> O voto el 12 de febrero de 1689 una primera ley, con la cual se modificaba el orden de sucesión al trono, a favor de Guillermo y María unidos, dando el poder ejecutivo al marido. El *Act of recognition* (1690), votada trás la aceptación por Guillermo y María del Bill of rights, reafirmaba que su pretensión al torno no estaba fundada ni en el derecho hereditario ni em el divino, sino decidida por el Parlamento. La *Mutiny Act* (1689), con la cual se limitaba el control de la Corona sobre el Ejército, dado que debía ser renovado por el Parlamento anualmente. La *Tolaratin Act* (1689), que concedió la libertad de culto, excepto a los católicos y a los unitarios, mientras que los disidentes y los no conformistas. La *Triennial Act* (1694), con al cual se

A consagração constitucional dos direitos fundamentais demonstrou sua grande preocupação com a integridade física do homem, sua liberdade, a segurança da propriedade e, fundamentalmente, com a dignidade da pessoa humana. Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos encontram-se, primeiramente, na Inglaterra. E aqui entra em campo a expressão *Rule of Law* que traz uma concepção de garantias individuais, limitação de poder e a supremacia do Direito que, para Jorge Miranda,

designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário do poder. Citando Dicey, o *rule of law* significa três coisas: 1ª) a absoluta supremacia do direito sobre o poder arbitrário; 2ª) a igualdade perante a lei ou a igual sujeição de todos ao direito ordinário do país aplicado pelos tribunais ordinários; 3ª) a Constituição como consequência do direito ordinário do país ou como resultado das decisões judiciais relativas aos direitos das pessoas.<sup>33</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, podemos ainda citar outras importantes declarações de Direitos Constitucionais no quadro jurídico inglês da *Rule of Law*,<sup>34</sup>

---

reafirma la obligación para el Rey no solo de proceder a nuevas y libres elecciones cada tres años, sino también de convocar frecuentes y regulares sesiones, con el fin de permitir al Parlamento poder de cumplir las funciones de votar los impuestos u fijar los efectivos del ejército. La Civil list Act (1689), la cual o Parlamento debía establecer anualmente una suma para las necesidades de la Corona. En fin, el *Act of settlement* (1701), con la cual termina la fase constituyente de la <gloriosa revolución>: además de regular la sucesión, establecía la inamovilidad de los jueces, y además obligaba a la Corona a despachar los asuntos de Estado en el Consejo privado. En la base de esta construcción constitucional se encontraba el famoso Bill of rights de 1689, el título de la ley era, para Inglaterra, muy tradicional, pero, por ironía del destino, asumirá en la cultura ilustrada europea un significado revolucionario, casi anticipando las Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano. Ver a respeito MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 143-144.

<sup>32</sup> Não é pacífica a questão de saber se a Magna Carta do século XIII era já algo de substancialmente distinto das cartas de franquia correntes no medievo europeu, mas, parece-nos poder concluir-se que, apesar de na sua natureza originária se tratar de um acordo típico na época entre Príncipe e senhores feudais, onde a troca do reconhecimento da supremacia real se concediam privilégios aos estamentos e interesses locais, a Magna Carta veio a revelar um diferente alcance. Mas, é, sobretudo, o século XVII, com as convulsões sociais e políticas que o atravessaram, que consagra na Inglaterra o reconhecimento dos direitos do homem, não já como privilégios outorgados ou pactuados, mas como liberdades naturais oponíveis ao Poder, incluindo ao Parlamento por cuja soberania entretanto se lutava. A <Glorious Revolution> fazia-se não só em nome da limitação do poder real a favor do Parlamento, mas também a favor das liberdades individuais progressivamente consideradas como invioláveis mesmo relativamente ao próprio legislador. A partir do século XVII, a Inglaterra evidencia uma vivência efectiva de limitação de poder dirigida ao reconhecimento dos direitos e liberdades individuais, antecipando na prática, mais aprofundada e significativamente que quaisquer outras experiências, os ideais de Estrado de Direito. A *rule of law* constituirá, no fundo, a expressão conceptual desta experiência de limitação de poder e reconhecimento dos direitos fundamentais. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 53.

<sup>33</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 77.

<sup>34</sup> A interpretação do sentido Rule of Law foi variando, mas é possível assinalar lhes quatro dimensões básicas. *The Rule of Law* significa, em primeiro lugar na sequência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um *processo justo* legalmente regulado, quando se tiver de julgar punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade

consagrados em três grandes documentos fundamentais tais como: a Magna Charta (1215), Petition of Rights (1628) e Bill of Rights (1689).<sup>35</sup>

Porém, nessa mesma ótica constitucionalista britânica, o Parlamento passa a ter *status* constitucional na medida em que impõe limites e controles ao Poder Executivo, além de garantir, proteger e declarar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos ingleses. Nessa perspectiva, a ideia constitucional na forma escrita, – como a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituída numa norma jurídica que se impõe à observância do Estado em todos seus aspectos –, a matriz inglesa, além da inexistência de um documento escrito, caracterizava-se pelo conteúdo tradicional de suas instituições inseridas com os seus respectivos direitos fundamentais.

Com isso, a evolução política e jurídica se deu por meio de um novo cenário vinculado ao poder econômico, bem como mediante as diversas e múltiplas manifestações políticas e sociais já existentes naquela época sem, contudo, a artificialidade de uma constituição escrita e rígida, tampouco alguma declaração do homem além-fronteiras. Mais particularmente, no que concerne à atividade jurisdicional, as decisões judiciais e jurisprudenciais consuetudinárias (*common law*) abrangem, sobretudo, os preceitos de ordem

---

e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law*, significa a proeminência das leis e costumes do “país” perante a discricionariedade de poder Real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os atos executivos à soberania do Parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos). Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 93-94.

<sup>35</sup> A *Magna Charta Libertatum*, de 15-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (*A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência do infrator* – item 20); previsão do devido processo legal (*Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país* – item 39); livre acesso à Justiça (*Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça* – item 40), liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país. A *Petition os Right*, de 1628, previa expressamente que *ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los*. Previa, ainda, que *nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente*. A *Bill of Rights*, de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: *fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento*. Ver a respeito MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25-26.

fundamental marcado num sentido unitário de direito, alicerçado pelos fundamentos de equidade e justiça.<sup>36</sup>

Para tanto, como diz John Gilissen, “dá-se o nome de *common law* ao sistema jurídico que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais”,<sup>37</sup> o qual manteve-se e desenvolveu-se até os dias atuais e, além é claro, impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa o mesmo sistema jurisdicional, designadamente nos Estados Unidos, Canadá e Austrália, apenas para ficar nestes.

Dito de outra forma, a expressão *common law* é, antes de tudo, usada para indicar aquela parte do direito inglês cuja elaboração vinha sendo desenvolvida pelas suas cortes de *common law*, precisamente pela *Court of Exchequer*, pela *Court of Common Pleas*, pela *Court of Kings Bench*, pela *Courts of Assize*, as quais eram derivadas diretamente da *Curia Regis* e que exercitaram a sua jurisdição em via exclusiva e em concorrência: a) a *Chancery Court*, típica corte da jurisdição de *equity*; b) a *Mercantile Courts*, competentes para questões em matéria comercial; c) a *Admiralty Court*, competente para questões de direito marítimo; d) a *Ecclesiastical Courts*, competentes para a matéria eclesiástica e canônica e para questões matrimoniais e testamentárias.<sup>38</sup>

Na Inglaterra, as concepções do Direito Natural foram aplicadas no sentido de que fossem desconsideradas as leis contrárias ao direito consuetudinário, de modo que, a figura do jurista Sir Edward Coke teve grande destaque ao adaptar os precedentes, inclusive a Magna Carta de 1215, para os fins de limitar as prerrogativas reais, além de julgar nulas as determinações do Parlamento contrárias justamente ao *common law*, cuja história constitucional, nessa ótica, estava marcada pelos Tribunais que tentavam proteger os preceitos

<sup>36</sup> No Direito Constitucional de qualquer país aparecem sempre normas provindas de lei, costume e de jurisprudência. No direito constitucional da Grã-Bretanha, essa predominância cabe ao costume, o que constitui, nos tempos atuais, um caso único, sem paralelo em qualquer outro país. Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita. Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre a organização de poder político consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos, assentes na organização social e política dos Britânicos. Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 75.

<sup>37</sup> E mais: A expressão *common law* é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; chamaram-lhe, aliás, durante vários séculos *comune ley* (lei comum), porque os juristas ingleses continuaram a servir-se do francês, o *law French*, até o século XVIII. O sentido de *common law* é, pois, muito diferente do sentido da expressão “direito comum”, *ius commune*, utilizada no continente para designar, sobretudo a partir do século XVI, o direito erudito, elaborado com base no direito romano e servindo de direito supletivo às leis e costumes de cada país. O *common law* é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos Juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais. Salvo na época da sua formação, a lei não desempenha qualquer papel na sua evolução. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 207.

<sup>38</sup> CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le Fonti*. Terza Edizione. Milano: Giuffrè, 2000. p. 64.

religiosos e os exageros legislativos do Parlamento, notadamente, já como indícios de controle de constitucionalidade das leis.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Coke (1552-1634) fue presidente del *Common Pleas* desde 1603 hasta 1613, y luego, hasta 1616, presidente del *King's Bench*. Cayó en desgracia y fue removido del cargo, como dijo un contemporáneo, por cuatro motivos: su fiereza, las interdiciones, las ordenanzas, la prerrogativa. Según Bacon, que era por entonces lord canciller, los jueces debían ser leonês bajo el trono, y por lo tanto no podían obstaculizar ninguna función del soberano; mientras que para Coke los jueces eran leonês que debían custodiar, frente al rey, los derechos de los ciudadanos: para defender los derechos de los ingleses, a menudo negó los derechos del rey. Interpreto siempre de un modo restrictivo los poderes de la prerrogativa regia, ya sea en su sentencia sobre los derechos de aduana, subsídios impuestos, ya sea contra los arrestos por parte de la Alta Comisión, que consideraba arbitrarios y sin fundamento, ya sea contra la costumbre del rey de escuchar el parecer de los jueces separadamente, *extra iudicium*, para poder influir más en ellos, ya sea para limitar el poder del Tribunal de la Cancillería, que juzgaba con base en la equidad. Pero no se trataba solamente de una batalla política, se trataba de una propuesta constitucional, profundamente innovadora, en el momento en el que la esfera de la *iurisdictio* estaba en plena crisis y estallaba el conflicto entre prerrogativa y *iurisdictio*. A través de tres famosas sentencias y dictámenes es posible reconstituir los núcleos teóricos de su pensamiento: el dictamen sobre los *Writs of prohibitions* (prohibiciones), el dictamen sobre las *Proclamations* (ordenanzas) y la sentencia en el proceso Bonham. Según el pensamiento medieval, sólo el rey, en cuanto vicario de Dios en la tierra, podía “decir” la justicia, pero, para facilitarle el trabajo, le era concedido delegar esta función en magistrados sometidos a él. En el dictamen sobre las prohibiciones. Coke tuvo un violentísimo enfrentamiento con Jacobo I: el arzobispo de Canterbury, exasperado por la invasión que los tribunales de *common law* efectuaban en la jurisdicción eclesiástica con los *Writs of prohibitions*, afirmó que el rey, en cuanto juez supremo, según la palabra de Dios en las Escrituras, podía sustraer a los jueces las causas que quisiera decidir personalmente, negando así implícitamente la autonomía e independencia de los jueces. A la Sagrada Escritura Coke contrapuso el *common law*, por el cual el rey no podía juzgar caso alguno y todo debía ser decidido en un tribunal de justicia, según la ley y las costumbres de Inglaterra, existiendo un Estatuto de Enrique IV que había transmitido el poder judicial del rey a los diversos tribunales. El rey se ofendió al oír que estaba sometido a la ley, y afirmó que era una traición sostener algo así; pero Coke, inamovible, se refirió a Bracton y al principio de que el rey estaba *sub Deo et lege*. Análoga innovación encontramos en el dictamen sobre las *Proclamations*, que eran ordenanzas de carácter administrativo, previstas por los derechos de prerrogativa, con las cuales el rey regulaba determinadas y específicas cuestiones, sin por ello prejuzgar el cuerpo de derechos inherentes al sujeto. No obstante, las ordenanzas del rey habían llegado a ser muy numerosas y establecían que determinadas acciones, hasta ese momento indiferentes para el derecho debían ser consideradas como delitos, mientras que los culpables eran sustraídos a los tribunales, para ser juzgados por la Cámara Estrellada, lo cual había provocado la *Petition* de 1610. Coke parece todavía aferrado a la tradición medieval, por la que la ley puede ser declarada, pero no hecha, dado que las leyes, para él, son *not enactments, but records*; pero sólo lo parece, porque de hecho sabe que el proceso legislativo está en marcha y es imparable. Así afirma que, con las ordenanzas, el rey no puede violar una ley, ya que las ordenanzas no se encuentran entre las fuentes de derecho inglés. Si se debe hacer una ley, este cometido le corresponde al Parlamento a través de un estatuto, dado que sólo él tiene el poder legislativo, pero un poder legislativo muy limitado: puede establecer el *malum prohibitum*, mientras que lo que es contrario al *common law* es el *malum in se*. De la concepción del Parlamento como Alto Tribunal de justicia se deduce claramente en Coke su función legislativa, aunque esta soberanía del Parlamento es mucho menos omnipotente que la teorizada por Bodino: es una simple supremacía en el ámbito del *common law*. El proceso Bonham fue un caso completamente marginal en sus circunstancias concretas y no tuvo en realidad una inmediata resonancia política. Pero esta sentencia, debida a Coke, es ciertamente la institución del control de constitucionalidad de las leyes por parte del poder judicial. Afirma Coke que el *common law* regula y controla los actos del Parlamento, y en ocasiones los juzga del todo nulos y sin eficacia, ya que, cuando un acto del Parlamento es contrario al derecho y a la razón común, o repugna, o se imposibilita, el *common law* lo controlará y lo juzgará nulo y sin eficacia. El proyecto constitucional de Coke, en época de crisis, resulta suficientemente claro: por un lado, establece la autonomía del poder judicial frente al ejecutivo y por otro, en el momento en el que el Parlamento se convertía en un órgano legislativo, transfiriendo la función judicial que le era propia (era un Alto Tribunal) a los tribunales de *common law*, los leonês que debían mantener bajo el trono de la ley tanto o rey como al Parlamento. Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 89-91.

O Direito Comum inglês, onde após a conquista normanda que se realizou de uma precoce unificação da administração judiciária no complexo centralizado das Cortes, alinhando com Adriano Cavanna,

O *common law* se desenvolveu propriamente como direito dos juízes daquelas Cortes: um direito comum contraposto aos costumes locais insulares, um direito de formação judicial, estranho seja a um texto de autoridade, seja à Universidade, como estranha à Universidade a educação legal de quem entrava no *novero* daqueles juristas. Na cultura inglesa permaneceu assim inoperante não somente a ideia que princípios e categorias do direito teriam uma específica e oficial sede textual e que seria monopólio de uma doutrina universitária, e principalmente a ideia que o direito derivava em via primária da obra e da autoridade de um legislador soberano. Na Inglaterra lei e direito escrito eram desde o início um valor marginal e secundário, e a *common law* (da qual o corpo de juízes foi o único depositário e criador) se desenvolveu empiricamente como *case law* não escrita, através da estratificação sucessiva dos precedentes judiciais.<sup>40</sup>

Dito de maneira mais simples, se o *common law* é, sobretudo, um direito jurisprudencial, a obrigação para o juiz de decidir segundo as regras estabelecidas pelos precedentes judiciais – que se designa por princípio de *stare decisis* – não foi, no entanto, imposta por via legislativa senão em 1875. Mas é inegável que a autoridade do precedente sempre foi mais considerável em toda a Inglaterra do que na grande parte da Europa Continental.<sup>41</sup>

Com isso, Direito Constitucional inglês, em que pese à flexibilidade de suas normas, por força da tradição e dos costumes, salvaguardou os direitos de liberdade e garantias de seus cidadãos e restringiu os poderes, até então, arbitrário do Estado.

Em contrapartida, avançando no debate, muito embora ainda dentro do contexto característico do Estado Liberal, é de suma importância destacar também a revolucionária formação do Constitucionalismo moderno com advento da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 04 de julho de 1776,<sup>42</sup> que pugnava pela liberdade do

<sup>40</sup> CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 483.

<sup>41</sup> O precedente judiciário (*stare decisis*) não é no entanto uma verdadeira fonte de direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar algures os elementos da sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz “dizer o direito”, declarar o que é direito; é a *declaratory theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão. Ver também em: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211-212.

<sup>42</sup> Entre 1776 (o 1761) y 1788 (o 1803) asistimos em América a un período histórico de máximo interés para la formación del moderno constitucionalismo, dado que no sólo fue intensísima la actividade de redacción de nuevas constituciones, sino que también fue rápido el proesivo perfeccionamiento técnico de su elaboración y legitimación. El 4 de Julio de 1776 el Congreso continental aprobó la Declaración de independencia de la madre pátria las trece ex-colinias: dos estados (New Hampsire y Carolina del Sur) ya se habían dotado de una

indivíduo contra o despotismo do continente europeu, limitação do poder, garantia dos direitos dos cidadãos, harmonia entre poderes legislativo, judiciário e executivo, dentre outros direitos.<sup>43</sup>

De outro vértice, para Jorge Miranda o Direito Constitucional estadunidense não começa exatamente apenas nesse ano, sem esquecer os textos da época colonial, “(antes de mais, a Fundamental Orders of Connecticut de 1639), integram-no, desde logo, em nível de princípios e valores ou de símbolos, a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados”.<sup>44</sup>

Nessa questão histórica, Mauro Cappelletti ressalta que muitas das colônias inglesas da América eram constituídas como companhias comerciais e regidas por cartas, na medida em que:

Estas ‘cartas’ podem ser consideradas como as primeiras constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias. Então, estas Constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que essas leis fossem ‘razoáveis’, e, como quer que seja, não contrárias às leis do Reino da Inglaterra e, por conseguinte, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento Inglês.<sup>45</sup>

---

constitución y justo al acabar julio, en 1776, les habían seguido otros seis (Virginia, New Jersey, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Carolina do Norte); en 1777 tenemos las constituciones de Georgia y Nueva York, en 1778 la de Massachusetts, mientras que Connecticut y Rhode Island prefieren mantener con pocos cambios las viejas Cartas coloniales. La constitución escrita es un hecho revolucionario en la historia del constitucionalismo; y en América fue sentida por todos como algo natural e necesario. En 1788, con la ratificación de la *Constitución de los Estados Unidos da América* por parte de la mayoría de los estados, se culmina un proceso histórico de unificación o mejor de federación de las colonias, que ya se había iniciado con el Congreso de Albany (1754), con el Congreso de la *Stamp Act* (1765), con el primer (1774) y posteriormente con el segundo Congreso Continental (1775) y que se había concluido provisionalmente en 1777 con la aprobación de los *Artículos de la Confederación* (que no entraron en vigor hasta 1781). MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 161.

<sup>43</sup> Como bem observa Alexandre de Moraes: A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de inigualável valor histórico e produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal, como se percebe por algumas passagens: A história do atual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto e estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os fatos a um cândido mundo: recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público. [...] Dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com mácula firmeza às invasões dos direitos do povo. [...] Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimentos a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juízes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários [...]. Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior [...]. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24.

<sup>44</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 138.

<sup>45</sup> CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 61.

Diferentemente do que acontecia como o modelo histórico inglês, o ordenamento jurídico-político estadunidense produziu um texto rígido e sintético com aspectos essencialmente principiológicos, centralizado na ideia política de um poder constituinte com fim precípua de criar uma constituição eminentemente escrita.<sup>46</sup>

Devido ao interesse comercial do governo britânico apenas em explorar mão-de-obra escravagista nas treze colônias americanas, cobrando altos impostos sem qualquer tipo de contraprestação, os colonos começaram a se insurgir contra o Estado inglês, reivindicando justamente direitos que estariam violados e os pactos que estariam sendo descumpridos.<sup>47</sup>

Assim, com a Revolução Americana se vislumbra um novo paradigma no Constitucionalismo Liberal que, para Nicola Matteucci, o Constitucionalismo americano

<sup>46</sup> Aqui, a conhecida fórmula preambular “*We the People*” indicia com clareza uma dimensão básica do poder constituinte: criar uma constituição. Criar uma constituição para que? Para registrar num documento escrito um conjunto de regras invioláveis onde se afirmasse: (1) a ideia de “povo” dos Estados Unidos como autoridade ou poder político superior; (2) subordinação do legislador e das leis que ele produz às normas da constituição; (3) inexistência de poderes “supremos” ou “absolutos”, sobretudo, de um poder soberano supremo, e afirmação de poderes constituídos e autorizados pela constituição colocados numa posição ordenada e equilibrada (*checks and balances*); (4) garantia, de modo estável, de um conjunto de direitos plasmados em normas constitucionais, que podem opor-se a ser invocados perante o arbítrio de legislador e dos outros poderes constituídos. Dos tópicos anteriores pode reter-se esta ideia: o poder constituinte, no figurino norte americano, transporta uma filosofia garantística. A constituição não é fundamentalmente um projeto para o futuro, é uma forma de garantir direitos e de limitar poderes. O próprio poder constituinte não tem autonomia: serve para criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes. Se, na Revolução Francesa o poder constituinte assume o caráter de um “poder supremo” com um titular (“povo e nação”), na Revolução Americana o poder constituinte é o instrumento funcional para redefinir a “*Higher Law*” e estabelecer as regras do jogo entre os poderes constituídos e a sociedade, segundo os parâmetros políticos-religiosos contratualistas de algumas correntes calvinistas e das teorias contratualistas lockeanas. Numa palavra: o poder constituinte serve para fazer uma constituição oponível aos representantes do povo e não apenas uma constituição querida pelo povo soberano. Mas não é só isso: o *princípio republicano do povo* não tolerava a ideia de “centro político”, de “concentração unitarizante” do poder. O povo dos Estados Unidos era um “povo alargado” – *people-at-large* – que não se reduzia ao “corpo leitor” ou aos representantes das assembleias legislativas. Isto justificará o cuidado dos “federalistas” em seguir as sugestões dos “antifederalistas”: articular o poder constituinte do povo que faz uma constituição federal com a autonomia dos Estados e dos seus povos, ou seja, estabelecer uma concordância político-prática entre as vantagens da “união” e de uma lei constitucional unitária e os sentimentos republicanos dos Estados Unidos da federação. Neste sentido se afirmou já que o princípio legitimador da constituição americana de 1787 foi muito mais a ideia federativa do que a ideia democrática. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 70-71.

<sup>47</sup> Em 1761 se inicia ya la pequeña revolución, trás una famosa arnga de James Otis, contra los *Writts of assistance*: retomando a Coke, declaro que los tribunales debían considerar nulos y sin eficacia los Estatutos del Parlamento contrarios a la ley fundamental; En 1764, James Otis, con *The rights of the British Colonies asserted and proved*, afirma que el Parlamento, cuyos poderes están limitados por el derecho de la naturaleza, no puede imponer tasas a las colonias; En 1765 Daniel Dulaney, con *Considerations on the property of imposing taxes on British Colonies*, y John Dickinson, con *The late regulations respecting the British Colonies*, sostienen que el Parlamento inglés tiene únicamente el derecho a la tasación externa, para regular el comercio en vista de interes público; en 1774 James Wilson, con *Considerations on the nature and extent of the legislative authority*, declara que los colonos no se encuentran vinculados por las leyes del Parlamento inglés, ya que nno se encuentran representados em él; Thomas Jefferson, con *Summary view of thr rights of Bitish America*, rechazando la distinción entre Corona e Parlamento, afirma que las asambleas americanas formam parte de las asambleas del Imperio. En fin, en 1776 el *Common sense* del radical inglés Thomas Paine obtiene um clamoroso êxito, mientras que la *Declaración de independência*, definitivamente redactada por Jefferson, cruza en seguida el oceano y es recibida con entusiasmo por toda la cultura ilustrada, que ve en Ella el comienzo de la era de la libertad. Ver a respeito MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 162-163.

consiste, em síntese, “em um discurso sobre o governo, que prescinde de conceito amadurecido no continente com o crescimento do Estado moderno, a soberania, entendida como um poder indivisível, e *legibus solutus*”.<sup>48</sup>

Nesta ordem, a Constituição representa o direito supremo do país como norma jurídica dotada de atributos que obrigam os poderes políticos e suas instituições ao seu conteúdo, inclusive o reconhecimento triunfal da competência judicial para um controle de constitucionalidade das leis, cujo modelo rompe com as tradições antigas no campo jurídico e se projeta à lei escrita como fonte primeira do direito, onde a Constituição passa a ter lugar privilegiado e supremo no corpo estrutural do Estado.

O Direito Constitucional dos Estados Unidos da América vem definido como uma Constituição rígida e escrita,<sup>49</sup> na medida em que oferece um grande princípio do constitucionalismo ao afirmar que uma constituição não é ato de um governo, mas um “ato do povo que cria o governo, ou seja, um governo sem Constituição é um poder sem direito; uma Constituição é anterior a um governo; e o governo somente é criado a partir da Constituição”.<sup>50</sup>

Vale ressaltar outro fator revolucionário, é o sistema de jurisdição constitucional americano “em que o Tribunal Supremo dos Estados Unidos reivindicou para si o direito de aferir a conformidade constitucional do conteúdo e do modo de formação das próprias leis do Congresso (*judicial review*)”.<sup>51</sup> Nessa perspectiva, o Constitucionalismo estadunidense surge na defesa da liberdade concebendo a Constituição como norma fundamental e o Poder Judiciário como papel de destaque, até então fragilizado, pois o direito oriundo do *common law* era considerado insuficiente para o controle do poder público.

Em seguida se criaram a proposição de que a *judicial review* seria condição de possibilidade do poder judicial de anular atos das demais instituições do Estado, principalmente, aquela que detém representatividade perante os cidadãos norte-americanos, isto é, a viabilidade de limitar o poder legislativo. Aqui, aliás, cabe uma peculiaridade a ser

<sup>48</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 163.

<sup>49</sup> Rígida, visto que não pode ser alterada em moldes indênticos aos adotados para a feitura das leis ordinárias, e qualquer modificação requer um processo complexo, com intervenção dos Estados. Elástica, visto que, a partir do seu texto primitivo, na aparência intacto, e dos aditamentos, tem podido ser concretizada, adaptada, vivificada, sobretudo, pela acção dos tribunais. Ver a respeito MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 84.

<sup>50</sup> Cf. MATTEUCCI, op. cit., p. 164.

<sup>51</sup> MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 317.

explicitada, como o famoso caso *Marbury v. Madison*, que culminou na manifestação da Suprema Corte de revisar uma decisão política.<sup>52</sup>

Com efeito, a Revolução Americana trouxe, a partir da Declaração de Virgínia de 16/06/1776, a proclamação do *direito à vida, à liberdade e à propriedade*, dentre outros direitos humanos fundamentais expressamente previstos, seguido da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e, em 17/09/1787, constituiu a Lei Fundamental que regula os direitos e deveres dos cidadãos.<sup>53</sup>

Mais do que isso, a narrativa jurídico-constitucional americana se mostra como uma nova dimensão, um novo paradigma, de toda a manifestação baseada nos direitos de liberdade e igualdade, agora positivados numa constituição escrita que visa proteger a dignidade do homem contra o “livre” abuso do poder por parte do Estado.

---

<sup>52</sup> La Revolución americana, en el plano constitucional representó en realidad el conflicto entre dos concepciones distintas del poder legislativo: la propugnada por Coke y Locke, del legislativo limitado, y la teorizada por Hobbes y Blackstone, del legislativo *legibus solutus*; o, si se quiere, entre la teoría medieval de la supremacía de la ley y la moderna teoría de la soberanía. Era necesario, de esta manera, encontrar un árbitro, tanto para limitar al legislativo, como por esta nueva forma de división de poderes entre las asambleas estatales y las asambleas federales, capaz de garantizar plena eficacia a las normas de la constitución, que atribuían derechos e deberes tanto a los estados concretos como al Estado federal. Las dos líneas se encuentran y confluyen en el mismo resultado: el reforzamiento del poder judicial, como custodio e interprete de la constitución. Este rol, confiado al poder judicial a través de un recto funcionamiento del sistema constitucional, estaba bien claro para los americanos que redactaron la constitución, pero la Constitución de los Estados Unidos no prevía expresamente el *judicial review*, la revisión de las leyes a través de un juicio, si bien los artículos 3, sección II y 6, sección II consituyen su presupuesto necesario. Fu le misma jurisprudencia del Tribunal Supremo la que dio cuerpo y realidad a este principio; y el mérito corresponde a su presidente, John Marshall que durante 34 años, de 1801 a 1835, dirigió con mano firme sus trabajos, y cuyas sentencias forman un *corpus* imponente, que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho americano. En la sentencia del caso *Marbury v. Madison* de 1803, Marshall afirmó el deber del Tribunal Supremo de examinar las leyes del Congreso: en los Estados Unidos los poderes del legislativo están definidos y limitados; y con el fin de que estos límites no pueden ser mal interpretados u olvidados, la constitución escrita. Es expreso cometido y deber del poder judicial decir cuál es la ley. Los que aplican la regla a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esta regla. Si das leyes están en desacuerdo entre sí, el Tribunal debe determinar el campo de aplicación de cada una de ellas. Así, si una ley está en desacuerdo con la constitución, el Tribunal debe determinar cuál de estas dos reglas en desacuerdo se aplica al caso. Ésta es la verdadera esencia de la función judicial. De esta manera la particular fraseología de la Constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la constitución es nula, y que los tribunales, como las otras ramas del gobierno, están vinculados por este instrumento. La revisión de las leyes a través del proceso es así definitivamente afirmada; y se había afirmado como el elemento esencial de una constitución escrita, cuyas normas eran superiores a las emanadas por el poder legislativo. Ciertamente, los contenidos están radicalmente transformados: en lugar del rey encontramos un proceso político democrático de una sociedad pluralista; en lugar de la vieja ley consuetudinaria, una constitución escrita, que contiene los derechos garantizados a los ciudadanos por un juez, que fija y declara a ley. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 168-169.

<sup>53</sup> Para Miranda, o Direito Constitucional dos Estados Unidos brota do sistema jurídico inglês e do pensamento político do século XVIII, postos perante as condições peculiares da América do Norte. As Constituições outorgadas pela Coroa às trezes colônias, os grandes princípios de Direito público (como *no taxation without representation*, cujo desrespeito desencadeia a revolta), o *Common Law*, com o importantíssimo papel do juiz, eis as principais fontes a referir, a que se pode acrescentar uma a outra prática constitucional proveniente da própria Revolução americana. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 84.

A liberdade emanada no pensador iluminista Montesquieu, inspirado no modelo de Estado Constitucional inglês e intimamente relacionado ao constitucionalismo de matriz francesa, com o advento da publicação do *Espírito das Leis*, aparece neste modelo como ícone na história constitucional que, para o filósofo, para formar um governo comedido se fazia necessário a separação do poder estatal em três fundamentais poderes: legislativo, executivo e judiciário, de maneira que cada um pudesse controlar o outro.

Nesse sentido de divisão de poderes, enquanto Estado de Direito e, portanto, indissociável das garantias e prerrogativas individuais, Montesquieu considerava que:

Perante a inevitável tendência para o titular do poder dele abusar, a liberdade individual resulta protegida caso o poder não esteja concentrado; para que '*le pouvoir arrête le pouvoir*' propunha, então, a distribuição das funções do Estado pelos vários titulares, não em termos, porém, de uma repartição/separação. Mas antes de uma colaboração implicada nas '*faculté de statuer*' e '*falcuté d'empêcher*' em que decompunha cada um dos poderes (mais precisamente, o poder legislativo e o executivo, já que o poder judicial era em rigor um poder nulo, pois os juízes eram tão só 'a boca que pronuncia as palavras da lei), os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor'.<sup>54</sup>

Levando em consideração que no período liberal a sociedade era completamente individualista, a partir dessa perspectiva, surge a ideia de "igualdade" que vem introduzido no debate do contrato social de Rousseau, como fundamento na vontade geral, ou seja: *a vonlonté générale*.

Pontuando, a sociedade passa a existir independente da manifestação do indivíduo, o que otimiza uma liberdade pública para que seja mantida ordem social, pois, segundo Paulo Bonavides:

Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e a participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam cometido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social.<sup>55</sup>

Coube à Rousseau, encontrar um meio de associar toda a força comum/sociedade ao indivíduo/pessoa, visto que, professa Jorge Novais:

<sup>54</sup> NOVAIS *apud* MONTESQUIEU, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 87.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 51.

Enquanto a participação igual de cada um na *volonté générale* resolvia o problema da igualdade, o problema da justiça encontrava-se eliminado à partida, pois, sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio; por último, obedecendo cada um apenas a uma vontade geral e racional, ninguém estaria dependente de ninguém ou sujeito ao arbítrio de quem quer que fosse.<sup>56</sup>

Assim, com a finalidade de derrubar *Ancien Régime*, entre 14/07/1789, (com a Tomada de Bastilha), à 26/08/1789, foi decidida, preparada e aprovada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, considerada o marco histórico mais importante da contemporaneidade, principalmente, pela ideia constitucional de “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”, em contraponto à antiga constituição consuetudinária instaurando-se, assim, um legítimo Estado de Direito como um projeto eminentemente Constitucional.<sup>57</sup>

Então, foi dado o primeiro passo: com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugura uma nova configuração constitucional e política de Estado abrindo o

<sup>56</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 91.

<sup>57</sup> Segundo Matteucci, en 1788 los defensores de la convocatoria de los Estados Generales también estaban divididos: la revolución aristocrática quería limitarse a restablecer la antigua constitución consuetudinaria; la revolución burguesa, al contrario, la aceptaba como un medio para lograr una constitución escrita y para romper los equilibrios políticos garantizados por los viejos Estados Generales. El abate Emmanuel Sieyès (1748-1836) fue quien expresó mejor el estado de ánimo de la burguesía y su estrategia política, en su breve opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers état?*, aparecido en enero de 1789. Una obra no especialmente profunda pero que capto el problema del momento; ésta es, más que el rigor doctrinal, la verdadera virtud de Sieyès, un racionalista abstracto y al mismo tiempo un oportunista, que fue capaz de adaptar su pensamiento constitucional a todas las fases de la Revolución. Sieyès rechaza los remedios de 1788, la Asamblea de Notables, porque eran notables en privilegios y no en luces, y la asambleas provinciales, porque en la práctica habían tracionado el proyecto originario, y plantea la cuestión de manera simple y drástica con tres preguntas. Qué es el tercer estado?: Todo, porque es una nación completa que desarrolla todas las actividades privadas, que sostiene la sociedad y gran parte de las funciones públicas. Um todo obstaculizado y oprimido. Qué há representado hasta ahora en orden político? Nada, porque para ser una nación necesitan tener una ley y una representación común, y no se es verdaderamente libre si no hay libertad para todos, ya que la libertad no puede estar fundada sobre el privilegio. Qué pide el tercer estado? Algo, es decir, que sus representantes sean elegidos en su seno y no prestados por la aristocracia, que el número de sus representantes sea duplicado, que se vote por cabezas y no por estados. Se necesita una nueva constitución que organice formas y leyes idóneas que permitan a la nación cumplir sus propias funciones. Sieyès introduce en la cultura francesa un concepto que ya había sido enunciado en la Revolución americana: sólo un poder constituyente, sólo unos representantes extraordinarios, delegados *ad hoc*, pueden escribir el pacto constitucional. De la soberanía del pueblo pasamos así a un poder constituyente ilimitado, que establece los poderes constituidos, que deberían actuar dentro de los límites marcados por la propia constitución. Los problemas que frenaron al inicio los trabajos de la Asamblea Constituyente, mostrando por primera vez la profunda división interna del tercer estado, fueron dos: el bicameralismo y el veto real, por un lado; y la Declaración de los derechos, por outro. La idea moderna que preside esta técnica constitucional, el fin nuevo en función de cual se propone de nuevo el Estado mixto, es la libertad civil, el idea que había unido a pensadores tan distintos como Voltaire y Montesquieu, De Lolme, Mallet-Du Pan y Mounier insisten continuamente contra el prejuicio de confundir la libertad con la democracia y para ello muestran los defectos de las antiguas democracias con sua censura y com su anarquía: sólo limitando el poder del pueblo se aumenta la libertad de los ciudadanos. Todo el discurso se sustenta, sobre, todo, en la preocupación de garantizar la libertad del ciudadano frente a los atropellos del despotismo y los atentados de la democracia, y no en el deseo de confiar al pueblo la creación del ordenamiento jurídico.. Los liberales afirmaban que, sin libertad civil, la libertad política carecería de finalidad y no podría subsistir, anticipando así el ensayo de Constant, *De la liberté des anciens comperée à celle des modernes*. Ver a respeito MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 227-233.

caminho para uma sociedade moderna reconhecendo o homem como portador de direitos subjetivos e alicerçado em garantias.<sup>58</sup>

É exatamente nesse ponto que o Estado de Direito emerge como função capital de estabelecer e conservar o Direito, tendo seus limites de ação rigorosamente definidos por este, cuja finalidade identifica-se com uma normatividade que corresponde a uma ideia de legitimidade e de justiça que também corresponde aos fins e valores aos quais servem em plena harmonia com a ideia de Direito. “O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo próprio Direito”.<sup>59</sup>

Com isso, o Direito assumindo como ponto de referência estável e aprofundado, faz suplantar a ideia de Estado de Direito como ideal pura de legalidade que, segundo Lenio Streck e Bolzan de Moraes, podem-se apontar três visões próprias a este fenômeno:

A – *Visão Formal*, onde se vincula a ação do Estado ao Direito, ou seja, a atuação estatal é jurídica, exercitando-se através de regras jurídicas. B – *Visão Hierárquica*, na qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado sua sujeição ao Direito; C – *Visão Material*, que implica a imposição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica estatal produz-se tendo certa substancialidade como própria. Há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste por seu conteúdo.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> En efecto, los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional resolvieron exponer los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre a fin de que los actos del Poder legislativo y los del Poder ejecutivo, pudiendo ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora sobre principios simples e indudables, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y la bienestar de todos. Esta idea inspira a todos los artículos de la Declaración (cfr., en particular, el artículo sexto: Derecho de los ciudadanos a participar personalmente, o por sus representantes, en la formación de la voluntad general; igualdad ante la ley). Pero es aún más significativo el famoso artículo dieciséis: Toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada, no tiene Constitución. He aquí lo que podemos llamar la esencia de la Constitución del Estado liberal, su Constitución material, postulado de la cultura constitucional euroatlántica que llega a nuestro tiempo interpretada y aplicada con diversas modulaciones y matices. Nitidamente se expresa, y aplica, la interrelación de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano con el sistema institucional articulado en torno a los tres poderes clásicos. Los derechos del hombre, naturales, inalienables y sagrados, devienen derechos de los ciudadanos en la medida que se positivizan incorporándolos al instrumento constitucional. Nos es menester indicar, por ser hartamente conocido, que la Declaración de 1789 está vigente en el país vecino (cfr. *Preámbulo de la Constitución de la República francesa de 27 de octubre de 1946* y *Preámbulo de la Constitución de 1958 a 4 de octubre*: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Constitución de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”). Y no se diga que se trata de una declaración sin fuerza normativa porque el Consejo Constitucional considera dentro del bloque constitucional a la Declaración de 1789 y ha afirmado, en particular, que el derecho de propiedad proclamado en 1789 posee pleno valor constitucional y ocupa el mismo rango que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid, 1998. p. 277.

<sup>59</sup> PELAYO, Manoel Garcia. *As Transformações do Estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 39.

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

Dito de outro modo, o Estado de Direito se apresenta sob forma jurídica amparada na hierarquia das leis, surge no seio do jusnaturalismo e em coerência histórica com a ascensão da burguesia, cujas razões vitais não são compatíveis com qualquer legalidade, nem com excessiva legalidade, mas precisamente com uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico-políticos que garantam, por via de consequência, a existência dessa classe dominante.<sup>61</sup>

A grandiosa Declaração de Direitos promulga dezessete artigos que, dentre as inúmeras e importantíssimas previsões legais, em relação aos direitos humanos fundamentais,<sup>62</sup> Alexandre de Moraes destaca:

O princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento. E mais as previsões de cunho constitucional francês (24-6-1793): igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.<sup>63</sup>

Sendo assim, pode-se considerar que Constitucionalismo nesse período histórico advém, não apenas do princípio de limitação jurídica do poder e controle do Estado, mas, indubitavelmente, dirigido a garantir os direitos e liberdades fundamentais e concretizar técnicas jurídicas que assumem a contextualidade do Estado Liberal Democrático.<sup>64</sup>

Vale consignar: no Brasil, em seus artigos 1º ao 17 da Constituição da República Federativa de 1988,<sup>65</sup> trouxe nos Títulos I e II a consagração dos princípios, direitos e

<sup>61</sup> PELAYO, Manoel Garcia. *As Transformações do Estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 40.

<sup>62</sup> A Revolução francesa marca a ruptura com o Estado Absoluto. É com ela, e não obviamente com a transição inglesa para o sistema parlamentar, ou com a Revolução americana, que melhor se revela a contraposição entre Estado Absoluto e o Estado Constitucional, representativo ou de Direito. E, durante ela, vão exprimir-se, nas concepções defendidas e nas práticas político-constitucionais experimentadas, alguns dos contrastes de formas e sistemas de governo irão marcar as suas futuras vicissitudes. Ver a respeito MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 96.

<sup>63</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 28.

<sup>64</sup> Copetti, *apud* Olivier Nay, sintetiza pontualmente cinco grandes princípios fundadores das teorias políticas do liberalismo que, subsequentemente, viriam a alimentar instituições político-jurídicas no constitucionalismo liberal: a) O primeiro é a recusa do absolutismo. [...] b) O segundo princípio é a figura inversa do primeiro: a defesa da liberdade. [...] c) O terceiro princípio do liberalismo político é o pluralismo...d) O quarto princípio é a soberania do povo. [...] e) Por fim, o quinto princípio liberal consiste na defesa do governo representativo. [...]. SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia Constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 85-86.

<sup>65</sup> Miranda destaca que a Constituição de 1988, abre com um preâmbulo (donde consta a invocação do nome de Deus) e com “princípios fundamentais”. Duas notas se salientam aqui: 1ª) o declara-se no art. 1º a ser República formada pela “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1º), o que,

garantias fundamentais catalogados constitucionalmente em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.<sup>66</sup>

Dessa forma, o Estado Constitucional de Direito Liberal francês caracterizou-se pela força emanada do povo, pela garantia representativa e, ainda, pela proteção da legalidade como legitimadora contra as próprias ilegalidades do poder estatal, visto que este ente está adstrito à primazia da lei e, também, ao controle dos demais poderes.

### 2.3.1 A Estruturação do Direito: o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão

Dentre outras razões, da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, nascedouro da primeira noção do Estado de Direito,<sup>67</sup> ainda mais dentro de uma ótica meramente racionalista, constituía-se como direito fundamental a primazia da liberdade individual, do acúmulo de riquezas por parte da burguesia e da separação do Estado e sociedade, cuja função do Estado consistia em não intervir nas relações privadas, justamente para que os indivíduos pudessem desfrutar da liberdade e proteção da sua propriedade.<sup>68</sup>

---

indo ao encontro da realidade, aponta para um duplo grau de organização territorial – federalismo em nível de Estados e regionalismo em nível de município; 2ª) ao fundar-se o “Estado Democrático de Direito” (mesmo art. 1º) na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação as demais matérias. Ver MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 150.

<sup>66</sup> Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: *direitos individuais e coletivos* – correspondem ao direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade; *direitos sociais* – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático; *direitos de nacionalidade* – é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos; *direitos políticos* – conjunto de regras que disciplina as forma de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania; *direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos* – a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 43-44.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 41.

<sup>68</sup> Toda a caracterização liberal do Estado de Direito se funda, em última análise, numa mundividência construída em torno do pressuposto duma ideal separação entre o Estado e a Sociedade ou, mais, especificamente, naquilo que se pode designar como ideologia das três separações: a) a separação entre política e economia, segundo o qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado; b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo; c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e

Dito de outro modo, os ideais liberais tinham como pressuposto a defesa da liberdade, igualdade e propriedade em relação ao Estado,<sup>69</sup> da qual a autonomia contratual de mercado cabia aos indivíduos de impor as suas próprias regras com a mínima intervenção estatal, isto é, uma separação entre o Estado e a atividade sócio-econômica como modelo adequado ao funcionamento do capitalismo competitivo.

E, para tanto, cabe salientar a obra clássica inglesa de Adam Smith, (*A Riqueza das Nações*), que, segundo Jorge Reis Novais

parte da ideia da existência de uma ordem natural (e conseqüentemente justa) para concluir que é da livre iniciativa de cada membro da sociedade e do funcionamento espontâneo do mercado que resultará automaticamente a máxima vantagem para todos. O bem-estar coletivo resultará não de uma atividade conscientemente dirigida a atingi-lo, mas antes do livre encontro dos fins individuais, da livre concorrência de produtores e consumidores movidos e dirigidos por uma *mão invisível* através da procura e oferta de mercadorias. Porém, para que estes resultados se produzam é necessário que as leis internas da economia se possam desenvolver sem interferências exteriores e, logo, sem intervenção do Estado na esfera econômica, para que a política não venha alterar a livre concorrência dos agentes econômicos.<sup>70</sup>

Nesta concepção liberal, indo direto ao assunto, basta verificar o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26/08/1789, no sentido de que todos “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais podem fundamentar-se na utilidade comum” e, portanto, os direitos fundamentais se limitavam aos direitos de defesa e da abstenção do Estado.

Nessa perspectiva, o Estado não interferia no poder econômico, tampouco no poder político que, para Danilo Zolo:

O Estado de Direito como uma estrutura garantidora de uma ‘ordem política mínima’: ou seja, capaz de assegurar uma ordem política estável e, ao

---

econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo com única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59.

<sup>69</sup> As constituições liberais costumam ser consideradas como “códigos individualistas” exaltantes dos direitos do homem. A noção de indivíduo elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: (1) a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre; (2) a segunda parte do desenvolvimento do sujeito econômico livre do meio da livre concorrência. O indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens, e daí que a capacidade política seja considerada como uma invenção humana para a proteção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. Conseqüentemente, para a manutenção das relações de troca, devidamente ordenadas entre os indivíduos, estes eram considerados proprietários de si mesmos. Trata-se, no fundo, do individualismo ideológico do liberalismo econômico. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 110-111.

<sup>70</sup> NOVAIS, op.cit., p. 60-61.

mesmo tempo, um nível aceitável de tutela dos direitos subjetivos, em particular dos direitos civis. E a proteção dos direitos civis – o direito à vida, às liberdades fundamentais, à propriedade privada – parece hoje o objetivo político primário no interior de sociedade complexas nas quais aumenta o senso de insegurança e de ‘solidão’ dos cidadãos.<sup>71</sup>

Essa questão do Direito tutelando o indivíduo, a única forma de igualdade que não só é compatível com a liberdade, tal como entendida pela doutrina liberal, é a igualdade na liberdade, que nas palavras de Norberto Bobbio, “o que significa que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros”. E, continua: “praticamente desde as origens do Estado liberal essa forma de igualdade inspira dois princípios fundamentais: a) a igualdade perante a lei; b) a igualdade dos direitos”.<sup>72</sup>

Veja-se, portanto, o império da lei, o princípio da legalidade e a separação dos poderes passaram a serem elementos essenciais do Estado de Direito Liberal, visto que, de um lado houve um aumento significativo do Poder Legislativo/Parlamento com base no princípio da soberania do povo, de outro lado a subordinação do Poder Executivo à lei, bem como, o Poder Judiciário atuando em conformidade e dentro dos limites da lei.<sup>73</sup>

Vale adiantar, o Estado de Direito aparece como valor supremo e limitador ao poder arbitrário do Estado, isto é, o Estado de Direito será, então, para Jorge Reis Novais, “Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos

<sup>71</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 85.

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 39.

<sup>73</sup> O império da lei, como instrumento a serviço da liberdade burguesa, ganha conteúdo em contraposição à ideia de império de homens. Império da lei significa, antes de tudo, que o próprio legislador está vinculado à leis que edita. A vinculação do legislador à lei só é possível, todavia, enquanto a lei é uma norma com certas propriedades. O princípio da legalidade, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. É preciso ter em conta que uma das ideias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda a lei é por limites à liberdade individual. Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo o poder de interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única exclusiva do legislativo. Ver a respeito MARINONI, Luiz Guilherme. A influência dos valores do Estado liberal de direito e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. Teoria geral do processo, p. 23-27.

direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e do próprio Estado”.<sup>74</sup> E, ainda, o referido autor leciona que:

A adjetivação liberal do Estado de Direito advém, portanto, não do princípio de limitação jurídica do Estado dirigida à garantia dos direitos e liberdades fundamentais, mas sim da concretização particular que as técnicas jurídicas de limitação assumem no contexto do Estado liberal e, sobretudo, do condicionamento dos direitos fundamentais pelos valores burgueses.<sup>75</sup>

Na verdade, com a afirmação do princípio da legalidade a ciência jurídica deixa de ser normativista e torna-se cognitiva, explicando o seu objeto – o direito positivo – algo autônomo e separado da ciência, o qual o sistema jurídico se fecha configurando o estado positivista.<sup>76</sup>

Assim, resta evidenciado que os direitos fundamentais foram para os indivíduos a garantia da não intervenção do Estado na liberdade e propriedade permitindo amplo gozo desses direitos, o que caracteriza verdadeiro perfil individualista.

A expressão “direitos fundamentais” surgiu no século XVIII na França, e conforme explica Cristina Reindolff da Motta, esse despontar dos direitos fundamentais nas concepções atuais, entretanto, “deu-se como meio de a burguesia estabelecer condições e garantias mínimas de igualdade, bem como de liberdade frente ao Estado que estava a surgir”.<sup>77</sup>

Com isso, os direitos fundamentais e a divisão de poderes (com império da *lei* e o *princípio da legalidade*), surgem, pois, como elementos essenciais e primordiais perante o Estado de Direito Liberal, tal como proclamava e de forma a lapidar, o artigo 16º da Declaração de Direitos de 1789 “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.<sup>78</sup>

No tear dessas premissas, a classificação dos direitos humanos de primeira dimensão, fruto da Revolução Francesa,<sup>79</sup> pode ser identificada como direitos de liberdade civil e

<sup>74</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 26.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>76</sup> Ver a respeito: FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p. 16.

<sup>77</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 120.

<sup>78</sup> NOVAIS, op. cit., p. 75.

<sup>79</sup> Segundo, Cristina Motta, no século XVIII, já com contornos mais aproximados do que se conhece hoje por direitos fundamentais, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos da Virgínia (Estados Unidos da América, 1776) asseguram os direitos ao homem, incluindo direitos à burguesia, que passa a deter não somente o poder econômico, mas também o poder político. Se as ideias do liberalismo estavam calcadas no princípio de liberdade, igualdade e fraternidade, os direitos fundamentais estavam inicialmente voltados à pessoa humana em si, isto é, ao indivíduo. MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 120.

político. Essa concepção surge através de mecanismos institucionalizadores de um movimento progressivo de constitucionalização de direitos inseridos nas Cartas Políticas das mais variadas formas de Estado.

A lei, portanto, passa a ser um instrumento singular contra a atuação arbitrária do Estado e na manutenção dos pressupostos elementares de uma vida fundada na liberdade e na igualdade de direitos, complementares à dignidade da pessoa.<sup>80</sup>

Como ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado clássico e liberal de direito, consistia

na condição de direitos de defesa, exercida – ou, pelo menos, era concebido deste modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como, reflexo da então preconizada separação entre a sociedade e Estado, assim como entre o público e o privado.<sup>81</sup>

Ora, a conclusão não pode ser outra (já antes anunciada), no sentido de que o Estado reconhece os direitos fundamentais como garantias constitucionais – tanto dos indivíduos como da sociedade –, os quais são inerentes à liberdade do homem, à dignidade e à igualdade substancialmente realizada.

## 2.4 O Processo sob o Viés Liberal

Abordando esta questão do desenvolvimento histórico do Estado e do Constitucionalismo, em meio a esse emaranhado de influxos políticos, sociais e econômicos,

---

<sup>80</sup> Quanto à igualdade dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida com exclusão das discriminações da sociedade por estamentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Enquanto a igualdade perante lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (por exemplo, no direito de todos ter acesso à jurisdição comum ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento), a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos em discriminação derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc. O elenco dos direitos fundamentais varia de época para época, de povo para povo, e por isso não se pode fixar um elenco de uma vez por todas: pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são *iguais*. Cf. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 41.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117.

não poderia deixar de lado o aspecto jurídico, sobretudo no que diz respeito ao direito processual.

A prestação da tutela jurisdicional, na ótica do Estado Liberal Clássico, o magistrado adotava uma postura neutra e inerte, sem qualquer autoridade de dirigir o processo a fim de que viabilizasse uma decisão à curto prazo.<sup>82</sup>

O ato de construir e conduzir um processo era de incumbência exclusiva das partes, no qual, o papel do magistrado restringia-se em dizer o direito sem a intervenção estatal na condução do procedimento, deixando meramente ao alvedrio dos litigantes que, para Mirjan R. Damascka foi denominado de “*Estado reactivo*”.<sup>83</sup>

Colocando de forma detalhada, o processo era um procedimento eminentemente escrito e pertencia exclusivamente às partes, pois, afinal de contas, diante de um Estado ausenteísta, “a figura do juiz era relegada a outro plano, pois este só tomava contato com as provas e o processo quando fosse julgado”, conforme professora Cristina Reindolff da Motta.<sup>84</sup>

Assim, com base no princípio da legalidade e no positivismo jurídico, o juiz estava adstrito à aplicação literal da lei, sob pena de gerar certa insegurança jurídica à sociedade num todo que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’”.<sup>85</sup> Nesse sentido, da submissão dos juízes à lei, vale mencionar, apenas à título de exemplo, os artigos 4º e 6º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que preconizavam:

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei [...]

<sup>82</sup> O liberalismo, no mesmo passo em que inicialmente rejeita as asserções de qualquer teoria suprema do bem, na verdade expressa justamente uma teoria desse tipo, assentada sobre as bases do individualismo, segundo o qual o indivíduo, titular de direitos inatos, os exerceria na sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente à negação, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeada de limitações indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86-87.

<sup>83</sup> Um Estado reactivo se limita a proporcionar el marco de apoyo dentro del cual los ciudadanos persiguen los objetivos que han elegido. El Estado no contempla ninguna noción de interes separado, aparte de los intereses sociales e individuales (privados): no existen problemas que son inherentes al Estado, sólo problemas sociales e individuales. A menudo se dice de este tipo de Estado “minimalista” que sólo hace dos cosas: protege el orden, y ofrece un foro para resolver aquellas disputas que los próprios ciudadanos no pueden resilver. Ver a respeito DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2002. p. 128-129.

<sup>84</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A influência dos valores do Estado liberal de direito e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. Teoria geral do processo, p. 25.

Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.<sup>86</sup>

Vale dizer que a lei representava a garantia à segurança jurídica dos cidadãos como limitação do poder e função do Estado, pois o juiz na sua atividade jurisdicional devia também limitar-se à lei, o qual não poderia desviar do preceito legal, visto que, equivaleria o desrespeito ao pacto social, ou seja, a primazia da *volonté générale*.<sup>87</sup>

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 1806, fruto da legislação napoleônica,<sup>88</sup> trazia uma regulamentação formal dos atos do processo, ou seja, afigurava-se uma evolução

<sup>86</sup> DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Versalhes 1789. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. San Francisco, CA, 24 jun. 2014. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Direitos\\_do\\_Homem\\_e\\_do\\_Cidad%C3%A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o)>. Acesso em: 28 abr. 2013.

<sup>87</sup> O pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos. Destarte, pela natureza do pacto, todo o ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece todos os cidadãos, de maneira que o soberano apenas conheça o corpo da nação e não distinga nenhum dos corpos que a compõem. Que é, pois, na realidade, um ato de soberania? Não é um convênio entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima, porque tem por base o contrato social; equitativa, porque é comum a todos; útil, porque não leva em conta outro intento que não o bem geral, porque possui como fiadores a força do público e o poder supremo. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 44.

<sup>88</sup> Todas as legislações processuais liberais, em particular, tem em comum uma série de princípios, que dão lugar a um modelo processual típico. As suas características são diversas daquelas dos modelos processuais iluminista-giuseppino, como segue: *a)* eles não contêm muitos procedimentos especiais, e contém somente pouquíssimos casos de jurisdição voluntária. Os procedimentos de jurisdição voluntária são disciplinados da tal modo a configurar os procedimentos relativos como procedimentos de caráter distintamente administrativo, e, por isso, de modo tal a induzir os comentadores, ainda no clima da Escola da Exegese, a desentender a sua colocação no código de processo e a configurar a jurisdição voluntária como uma atividade administrativa ocasionalmente demandada a órgãos formalmente jurisdicionais. Este caráter é próprio do processo napoleônico e do processo italiano de 1865; não, no entanto, do regulamento germânico de 1879, que, não obstante a presença e derivação napoleônica, tinha mantido ampla, e jurisdicional, a jurisdição voluntária sob o peso da tradição germânica; por outro lado, a legislação germânica, conhecia muitos procedimentos especiais, ainda que este caso por razão, em parte, de tradição; *b)* o processo napoleônico-liberal não subordinava a admissão da demanda a alguma aprovação do juiz; a falta da regra da aceitação da demanda deriva da concepção segundo a qual a tutela judiciária não é concessão graciosa do soberano, mas, sim, serviço necessário feito pelo Estado aos cidadãos; qualquer particular encontra proteção dos seus alegados direitos; a demanda judicial é no absoluto domínio do particular, que pode “jogá-la” como quer, para fins privados, ainda de modo temerário, ainda como instrumento de negócios privados estranhos ao processo, ainda a gosto de entupir os escritórios. Este aspecto do modelo processual liberal é próprio seja do processo napoleônico e italiano, seja daquele germânico de 1879; *c)* o processo napoleônico-liberal se funda sobre o princípio da demanda, entendido no sentido mais rigoroso; não concede ao juiz algum poder de espontaneidade; se funda também sobre o princípio da alegação; as partes não obtêm nenhuma colaboração por parte do juiz na fixação da prova; *d)* o processo napoleônico-liberal confia às partes a disposição do processo; as partes, e não o juiz tem a senhoria sobre o tempo do processo; *e)* o processo napoleônico-liberal foi considerado (em oposição ao processo romano-canônico, e ao processo austríaco-giuseppino) um processo público e oral, enquanto contemplava uma audiência oral e pública da causa; todo procedimento no entanto, salvo a audiência oral, se desenvolvia por escrito. Cf. TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1989. p. 15.

técnica fundada parcialmente nos princípios da oralidade e da obrigatoriedade de motivação das decisões, no livre convencimento do juiz e na paridade formal das armas entre as partes, que pressupunha, equivocadamente, uma sociedade de iguais nas posições econômicas e sociais, partindo-se do pressuposto da autossuficiência do cidadão liberal.<sup>89</sup> Com esses princípios técnicos, visavam a manutenção da imparcialidade do juiz e de um comportamento passivo por parte do jurisdicionado, cuja autonomia da vontade permitia aos litigantes uma autossuficiência frente ao Estado. Dito com outras palavras, em face da própria estruturação estatal liberal, o processo se dimensionava na perspectiva racional-individualista como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento meramente privado, delineado em benefício das partes.<sup>90</sup>

Ademais, o modelo liberal não proporcionava meios para que o magistrado fosse atuante no processo quando acionado, pois, face a não intervenção estatal nas relações privadas, para não violar o direito de liberdade e igualdade “formal” dos cidadãos, a demanda judicial era de responsabilidade exclusiva dos litigantes, competindo ao Estado minimalista conservar os direitos fundamentais de primeira dimensão formalmente adquiridos.<sup>91</sup>

De todo modo, a igualdade formal concebida no Estado de Direito Liberal tinha como base as desigualdades oriundas do Absolutismo e, na perspectiva de preservar a liberdade dos cidadãos, a partir da lei, na ideia iluminista de que o homem deveria ser tratado de forma igual, o Poder Judiciário somente poderia declarar a vontade da lei que, para Montesquieu “os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força e nem o rigor”.<sup>92</sup>

Com já observara Ovídio A. Baptista da Silva, o juiz subordinado deveria levar em conta “a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja

---

<sup>89</sup> DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2004. p. 20.

<sup>90</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 74.

<sup>91</sup> Allí donde El proceso judicial implica una disputa sobre os derechos, hay dos partes – grupos o individuos – que plantean alegatos opuestos y presionan para que el caso se resuelva en disposiciones incompatibles. Para La resolución de la controversia, deberian elegirse formas conciliadoras o de confrontación. Nuevamente el respuesta debe surgir del carácter de Estado reactivo. El principio estructural fundamental sobre el cual se erige el edificio procesal del Estado reactivo es que los procedimientos son una contienda de las partes. Por lo tanto es claro que las variantes extremas de la ideología reactiva refuerzan el diseño de combate extremo: aquí el desapego del Estado incluye interferencias mínimas con la forma en la cual los contendientes gestionan el combate forense. Los jueces se limitan a presidir sobre la disputa de las partes enfrentadas e intervienen en el proceso solo en la medida que esto se requiera para hacer un seguimiento que asegure la justa disposición de las controversias incidentales. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 137-139.

<sup>92</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960. p. 187.

conforme esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário, é dele mesmo e é injusta”.<sup>93</sup>

Dito de forma mais simples, o liberalismo processual não podia ser diferente do seu modelo de Estado, cuja sua atividade estava adstrita à lei e ao movimento liberal das partes litigantes na contenda judicial tanto para a produção de provas quanto na condução literal do processo.<sup>94</sup>

Nos ideários do Constitucionalismo Liberal,<sup>95</sup> o processo judicial parte de um Poder Judiciário limitado e ocioso deixando ao cargo das partes a condução privatista do litígio. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, parte da premissa que:

O aspecto principal assento na ideologia liberal, então vigorante, a dificultar e mesmo impossibilitar o aumento dos poderes do órgão judicial, privilegiado por conseguinte o predomínio das partes. Todo o processo prosseguia circunscrito apenas às exigências de defesa dos direitos dos litigantes, a que paralelamente deveriam corresponder a passividade e a neutralidade do juiz, dando lugar à lentidão e ao abuso. Na ausência de uma intervenção direta e, portanto, de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes e seus defensores tornaram-se seus árbitros praticamente absolutos.<sup>96</sup>

Logo, diante do poder soberano, representado no Parlamento, o papel do juiz cingia-se tão somente em buscar um dispositivo legal que melhor se insere no caso litigioso “declarando o direito”, sendo vedada uma interpretação constitucional extensiva que, segundo John Henry Merryman e Rogelio Pérez Perdomo:

<sup>93</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 117.

<sup>94</sup> Em razão disso, a legislação previa princípios técnicos – e agora liberais – quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal) e o princípio do dispositivo. Todos esses elementos visavam à imparcialidade e a um comportamento passivo do magistrado. Além disso, o processo tinha concepção privatística como mero instrumento de resolução de problemas/conflitos entre as partes. Cf. MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

<sup>95</sup> O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado *liberal*, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade. Daí o realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recear, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito ao voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário). Ver a respeito MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33-34.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

O processo judicial é precisamente o de uma atividade rotineira; o juiz se torna uma espécie de perito burocrata. Diante de situações fáticas para as quais uma pronta resposta legislativa será – salvo em casos excepcionais – rapidamente encontrada, a função do juiz se resume meramente a encontrar o dispositivo legal correto, subsumi-lo à situação fática, e chancelar a solução. Todo o processo de decisão judicial é construído para moldar-se ao silogismo formal da lógica escolástica. A premissa maior está na lei, os fatos do caso constituem a premissa menor, e segue-se inevitavelmente a conclusão. No caso incomum em que seja necessário ao juiz um trabalho intelectual mais sofisticado, ele ou ela deverão observar cuidadosamente parâmetros estabelecidos para não ir além dos limites da interpretação.<sup>97</sup>

Portanto, a figura do magistrado, na atividade da jurisdição e na qualidade de “boca da lei”, era um indivíduo mecanizado, direcionado e submetido ao poder dos legisladores na função precípua de proteger os direitos subjetivos dos cidadãos por meio de aplicação imediata da lei.

Nessa perspectiva, Luiz Guilherme Marinoni salienta que,

a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação de danos, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse aturar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela *poderia* violar da lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, *seria vista como um atentado à liberdade individual*.<sup>98</sup>

Assim, o Estado Constitucional, para Bolzan de Moraes,

pode ser baseado na literatura específica e consubstanciado, sinteticamente, como produto de um projeto político-histórico demarcado pela tradição liberal que projeta uma estrutura de poder político identificado por uma ordem jurídica que organiza o poder, adotando a estratégia da especialização de funções, o princípio da legalidade da ação estatal, dentre outras, e assegura um conjunto de liberdades expressas pelo reconhecimento jurídico-legislativo dos direitos humanos, traduzidos como direitos fundamentais.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> MERRYMANN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 66.

<sup>98</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A influência dos valores do Estado liberal de direito e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. Teoria geral do processo, p. 31.

<sup>99</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

Dito isso e avançando, é por demais evidente que a Constituição de 1988, além de ter sido inserido inúmeros direitos e garantias fundamentais individuais, no campo processual, também, de forma tímida, abeberou-se do influxo mediato do Constitucionalismo Liberal.

## 2.5 O Estado de Bem Estar Social

A transição do Estado Absenteísta para o Estado Providência, na sua amplitude, importou na mudança do trajeto no modelo até então imposto – liberalismo – para assumir atribuições – até então inertes – para imposições prestacionais de ordem pública a serem asseguradas à sociedade, ou seja, uma nova postura denominada, segundo José Guilherme Merquior, “de socialismo municipal”.<sup>100</sup>

Dito de outro modo, alinhado com Lenio Streck e Bolzan de Moraes, a partir de meados do século XIX percebe-se a mudança de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, “quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado do jogo socioeconômico”.<sup>101</sup>

Nesta conjuntura, o Estado Social confere uma transformação superestrutural do Estado Liberal, isto é, o Estado Social busca superar o velho paradigma do individualismo e a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social e, para tanto, sinteticamente, vale socorrer das palavras de Lenio Streck no sentido de que “um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos começaram a se desenvolver, tornando-se mais forte com o advento do século XX, quando se inaugura a fase do Estado Social”.<sup>102</sup>

Pontuando: enquanto no Liberalismo existia a figura do Estado minimalista, há um momento inovador nesse novo Socialismo emergente, qual seja, a intervenção estatal como uma nova proposta de solucionar às demandas sociais e às próprias debilidades político e econômico desestimulante do velho modelo até então vigente.

Em suma, quando o Estado se propõe a colaborar – ou cooperar – com a iniciativa privada, dilatando ainda mais sua esfera de ação, ele submete, inexoravelmente, na socialização de mercado, inclusive interfere no direito.

---

<sup>100</sup> Consiste no resultado de uma sábia cooperação, pela qual a comunidade como um todo, trabalhando através de seus representantes pelo benefício de todos os seus membros, e reconhecendo a solidariedade de interesses, que torna o bem-estar dos mais pobres uma questão relevante para os mais ricos, assumiu suas obrigações para reduzir a magnitude da miséria humana e para tornar a vida de todos os cidadãos algo melhor, algo mais nobre e algo mais feliz. Ver MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo social: uma visão histórica*. São Paulo: Massao Ohno, 1998. p. 46.

<sup>101</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 67.

### 2.5.1 Os Elementos do Estado à Luz da Evolução Social, Filosófica e Política

Com o advento da Revolução Industrial se demonstra inúmeras variações, principalmente, no âmbito social-trabalhista, na medida em que o proletariado submetido à jornada de trabalho, via de regra, superior a oitenta horas semanais, em detrimento de salários insignificantes, a concentração da riqueza e do poder político ficava nas mãos de poucos (empregadores/burgueses ocasionando) e, por consequência, o empobrecimento da população.<sup>103</sup>

As relações entre empregadores/burguesia e empregados/proletariado, sob a vigência do modelo liberal, o Estado não se imiscuía nos conflitos que porventura surgissem decorrentes dessa relação jurídica, deixando à liberalidade das partes contratantes de estabelecerem suas próprias regras. As novas demandas sociais implicam não apenas um reforço quantitativo na atuação estatal, mas também requerem novas estratégias de ação por parte dos entes públicos.<sup>104</sup>

Ocorre que, face às desigualdades sociais geradas na época, a luta das classes operárias, frente o poder diretivo do capital, por melhores condições de trabalho, começou a surgir na Inglaterra nos meados do século XVIII, dissipando para o século XIX, exatamente para evoluir as garantias dos direitos humanos com a significativa mudança em vários níveis sociais, culturais, individuais e econômicos. Lenio Streck e Bolzan de Moraes explicam que a atividade prestacional pública se aperfeiçoa, de início, “a partir da luta dos movimentos operários pela regulação das relações produtivas. A luta pelo três oito (oito horas de sono, oito horas de lazer e oito horas de trabalho) é exemplar”.<sup>105</sup>

Diante do pensamento liberal da época, para que os operários pudessem insurgir contra o liberalismo capitalista econômico, se fazia necessário associarem-se e unirem-se para reivindicarem novas condições de trabalho e melhores rendimentos salariais, surgindo *a priori* os conflitos trabalhistas de caráter coletivo que seguindo as palavras de André Leonardo Copetti Santos: “o crescimento do operariado, a sua concentração nos centros urbanos, as

---

<sup>103</sup> A Revolução Industrial deu início, na segunda metade do século XVIII, ao processo de mecanização das fábricas, que continua ininterruptamente até os nossos dias, com o conhecido fenômeno da robotização. A industrialização consolidou o modo de produção capitalista, pelo qual, o empresário burguês concentra, em suas mãos, os bens de produção, enquanto o trabalhador vende a sua força de trabalho por um salário. Paradoxalmente, a introdução das máquinas, na mesma medida em que representou uma revolução tecnológica na indústria, deteriorou as condições de trabalho e vida dos operários, gerando a chamada “questão social”. Ver a respeito SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 130.

<sup>104</sup> Ver a respeito: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 64-65.

constantes revoltas por melhores condições de vida e trabalho fizeram com que a classe operária, aos poucos, aprendesse a se organizar, dando origem aos primeiros movimentos e associações de operários”.<sup>106</sup>

Nessa linha revolucionária, sem sombra de dúvida, a Revolução Francesa com os princípios universais da tríade: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, atributos basilares dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, deu início à contemporaneidade alterando abruptamente o quadro político-social-econômico no continente europeu, na medida em que os pensadores da época começaram a se dar conta da possibilidade de transformar a sociedade capitalista, predominantemente da classe burguesa, intentar a eliminação do individualismo e a desigualdade, na busca de um Estado voltado para a ordem social.<sup>107</sup>

Dito isto, pode-se sintetizar: a) o estado de “*Liberdade*” como os direitos civis e políticos dos cidadãos, também chamado de direito de primeira geração; b) o estado “*Igualdade*” à concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, através da atividade prestacional por parte do poder Estatal; c) a “*Fraternidade*” voltada para a proteção da humanidade como direito à paz e ao meio ambiente equilibrado.

Nessa senda, Paulo Bonavides preconiza que:

O célebre art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem*, ‘toda a sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição’. Até onde esse princípio conserva no moderno Estado Social sua valoração e quais as vicissitudes históricas e doutrinárias por que passou, em ordem a afiança-lhe a sobrevivência na esfera do constitucionalismo contemporâneo, eis o que passamos a indagar, com a recapitulação da influência política que alcançou nas diversas fases da evolução constitucional, do século XVIII aos nossos dias.<sup>108</sup>

Assim, perante o esgotamento do Estado Liberal, (no decorrer do século XIX e início do século XX), os direitos de *Liberdade*, ligados diretamente à condição do ser humano, não

<sup>106</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 131.

<sup>107</sup> Os primeiros pensadores socialistas eram na sua maioria franceses e desenvolveram suas idéias no período entre a Revolução Francesa de 1789 e as Revoluções de 1848. Entre eles, pode-se destacar: Saint Simon, Charles Fourier, Robert Owen, Pierre-Joseph Proudhon e Louis Blanc. Esses filósofos acreditavam que podiam transformar a sociedade capitalista, eliminando o individualismo, a competição, a propriedade individual e os lucros excessivos, fatores responsáveis pelas desigualdades e misérias dos trabalhadores, através da compreensão e da boa vontade da burguesia. Consideravam que, do ponto de vista da razão (base de pensamento filosófico liberal), nada poderia existir de mais racional e justo do que uma sociedade fraterna, igualitária e livre da pobreza. Portanto, utopicamente, que a burguesia seria capaz, por si só e em nome da razão, de criar o bem estar geral. Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 132-133.

<sup>108</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 63.

se mostrava suficiente para que a dignidade do homem fosse assegurada defronte ao crescente conflito no âmbito social, principalmente, pela industrialização dos modos de produção capitalista e a exploração da burguesia pela mão de obra do homem/trabalhador.<sup>109</sup>

Dito de outro modo, não bastava ter liberdade individual formal, na medida em que os graves embates sociais e econômicos causados pelo crescimento frenético da industrialização, não gerava a garantia de que o individualismo liberal seria efetivamente concretizado, resultando, ainda, no século XIX, o surgimento de amplas manifestações de caráter socialistas pela Europa com a finalidade de reconhecer os direitos que deveriam ser imputados ao Estado no sentido de um comportamento ativo com a intenção de eliminar as desigualdades, ou seja, a busca de um direito de *Igualdade* ventilada na herança francesa.<sup>110</sup>

Sob essas premissas antagônicas, Jorge Miranda sustenta:

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos econômicos, sociais e culturais – direitos econômicos para a garantia da dignidade do trabalhador, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> Para Copetti, o contraponto à tradição liberal, já consolidada em termos filosófico-político e com profundos reflexos na vida institucional dos países europeus, deu-se num ambiente de fatos e idéias que proporcionaram o surgimento de construções teóricas organicistas, que alimentaram o surgimento de uma nova tradição de pesquisa, com graves reflexos na configuração das sociedades dos séculos XIX e XX: o socialismo. No campo da reflexão filosófica, o idealismo absoluto hegeliano foi solo fértil que propiciou o surgimento do socialismo, especialmente no que toca ao materialismo histórico. Por outro lado, as lutas sociais do século XIX formaram o substrato fático-histórico que, em convergência com as idéias socialistas, possibilitaram a ocorrência histórica de incomensuráveis modificações nos rumos do constitucionalismo contemporâneo, especialmente pelo acontecimento dos Estados Sociais de Direito. Ver a respeito SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 129-130.

<sup>110</sup> O Manifesto Comunista de Marx e Engels foi publicado no mesmo ano das Revoluções de 1848, mas não teve influência direta sobre os acontecimentos. Surgiu como programa da Liga dos Comunistas, organização de caráter socialista que agregava representantes de vários países e da qual ambos participavam. O Manifesto faz uma análise da história e do papel da burguesia e do proletariado, referindo que toda a história da sociedade humana até hoje é a história das lutas de classes, uma vez que homem livre e escravo, patricio e plebeu, barão e servo, patrão e assalariado, numa palavra, opressores e oprimidos, estiveram em constante oposição uns com os outros, numa luta sem tréguas que, de um lado a outro, terminou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira ou pela destruição comum das classes em luta. Para Marx e Engels, cada vez mais se divide a sociedade inteira em dois grandes grupos inimigos, em duas grandes classes diametralmente opostas uma à outra: a burguesia e o proletariado. O Manifesto sugere, então, um conjunto de medidas, todas de natureza coletivizante, em total oposição ao individualismo liberal que, uma vez seguidas, propiciaram o início da transformação da sociedade. Tais medidas estavam centradas sobre os seguintes pontos: 1) a expropriação da propriedade privada da terra, em proveito do Estado; 2) a criação de um imposto de renda progressivo e de um banco nacional para monopolizar as operações bancárias; 3) a estatização dos meios de comunicação, das ferrovias e das indústrias; 4) a oferta de ensino gratuito para as crianças e de trabalho obrigatório para todos. Cf. *Ibid.*, p. 134.

<sup>111</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2000. p. 22-23.

Entretanto, a fragilidade do Estado burguês face aos ideais leninista-marxista do socialismo,<sup>112</sup> começaram a ser implantadas a partir da organização e ação revolucionária do proletariado em 1917 na Rússia e a tomada do poder político com intento de converter o individualismo capitalista e propagar suas potencialidades a fim de suprimir as desigualdades na promessa de uma nova sociedade, o que perfez extrema relevância institucional para os direitos de segunda geração.<sup>113</sup>

Nesse ponto, também, vale trazer a observação de Bolzan de Moraes:

A institucionalização dos direitos sociais próprios ao Estado de Bem-Estar Social, oriunda de meados do século XIX e agigantada durante o século XX - sobretudo diante do apelo dos movimentos sociais de trabalhadores, sobretudo, e também das disputas inauguradas e mantidas ao longo do mesmo conectadas com os 40 anos da nomeada Guerra Fria (ladeada por outras tantas guerras nem tão 'frias' assim) -, significou a incorporação do Direito de conteúdos novos e, com isto, de regras constituídas para expressá-los incorporando pretensões diversas daquelas tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica liberal-individualista, sob o formato inédito e com estratégias e metodologias para sua realização diferenciadas.<sup>114</sup>

Em outras palavras, com o advento do Constitucionalismo Social<sup>115</sup> pode-se constatar e descrever que, historicamente, inaugurou-se uma nova fase dos direitos fundamentais – em

<sup>112</sup> Cf. Miranda, o Estado marxista-leninista ou soviético recebe esse nome por assentar e se inspirar nas ideias da Revolução russa de 7 de novembro de 1917: revolução soviética, feita em nome de “*todo o poder aos soviets*” (ou seja, aos conselhos de operários, soldados e camponeses); revolução marxista-leninista, feita em nome da ideologia marxista-leninista. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 40.

<sup>113</sup> Tal como os clássicos do marxismo, a revolução proletária desencadear-se prioritariamente nos países industrializados do ocidente, onde o desenvolvimento das forças produtivas constituía o proletariado em maioria da população; só neste contexto a revolução proletária pode ser perspectivada como movimento da imensa maioria em benefício da imensa maioria e a constituição do proletariado em classe dominante identificada com a conquista da democracia, como dizia o *Manifesto*. É assim que, ao arripio da teoria dos clássicos do marxismo e inflectindo a própria elaboração leninista anterior a 1917, a revolução proletária passa a ser teorizada como movimento levado a cabo pela minoria consciente, pela vanguarda do proletariado, pelos operários conscientes em favor na imensa maioria; que as instituições da democracia, agora designada como de pura forma ou burguesa, são suprimidas – vide a dissolução da Assembleia Constituinte em Janeiro de 1918 – em favor do poder e da democracia dos soviets (onde os bolcheviques asseguravam uma larga maioria); que se considera legítimo, no quadro da nova democracia proletária, a supressão prática – e posteriormente consagrada pela Constituição – do pluripartidismo e o recurso ao poder ditatorial pessoal; e que, particularmente no que se refere ao nosso tema, é sustentada uma teoria substancialmente inovadora quanto à natureza, fins e organização do Estado e aos direitos dos cidadãos. In: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 162-163.

<sup>114</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101.

<sup>115</sup> É, portanto, um século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que à fase *liberal* do Estado constitucional vai seguir-se uma fase *social*. São cinco linhas de força dominantes, na sequência imediata das duas guerras mundiais: As transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social bem contraposto ao *laissez-faire* liberal; O acesso (ou luta pelo acesso) das mulheres à igualdade –

detrimento ao Constitucionalismo Liberal – como um processo paradigmático de interesses: a coletividade em contraponto à individualidade.<sup>116</sup>

Nessa perspectiva, toma força a concepção teórica de John Maynard Keynes que “apostou uma política econômica de intervenção direta do Estado e a própria atividade estatal que, mesmo sem regulamentar a atividade particular, produzirá a distribuição dos resultados desta maneira equitativa e compatível com o interesse coletivo”.<sup>117</sup>

Evidentemente, com a multiplicação dos grupos sociais e a ampliação de interesses político-econômicos, se fez necessário o alargamento, a construção e o aperfeiçoamento do espaço constitucional revelando a necessidade de uma preocupação global de proteção, paz e solidariedade, isto é, a busca da *Fraternidade*.<sup>118</sup>

Nesse contexto, o social é um ente estatal que se consolida pelo reconhecimento de direitos que incitaram a investigação no campo filosófico, sociológico e jurídico tanto dogmático quanto hermenêutico, que serão objeto de análise ao longo do estudo.

De fato, o Estado nessa ótica socialista passa ser o centro das atenções, pois a ideia de Estado de bem estar, como lembra Lenio Streck e Bolzan de Moraes, pode ser creditado por duas razões:

---

igualdade de direitos na família, no trabalho, na participação política; O aparecimento e, depois, o desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações; A emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados – por Estados quase todos moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas político-constitucionais bem diferentes; A institucionalização da comunidade internacional, através de organizações em nível mundial ou só continental ou regional; A proteção internacional dos direitos do homem. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36-37.

<sup>116</sup> Para Vital Moreira, O direito constitucional liberal era essencialmente organizatório e procedimental. Aceitando implicitamente a ordem estabelecida, não tinha necessidade de garantir explicitamente na Constituição. Foi preciso esperar pelo século XX para se verificar uma transformação deste paradigma constitucional. A economia e o trabalho tornaram também uma questão do Estado e conseqüentemente uma questão constitucional. E ao lado dos direitos de liberdade individuais, típicos do primeiro Constitucionalismo, entraram na Constituição os direitos coletivos e os direitos a prestações do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais). A par do cidadão individual paradigmático do Constitucionalismo liberal, o proprietário independente, entraram na Constituição também os trabalhadores dependentes. Ver a respeito MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 315.

<sup>117</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72.

<sup>118</sup> As projeções socialistas a partir do século XIX, surgiram uma série de lutas sociais por parte dos trabalhadores que forçaram os quadros hegemônicos capitalistas a cederem uma série de direitos sociais aos operários que redundaram em positivamente constitucionais que inauguraram uma nova fase do constitucionalismo no início do século XX – o constitucionalismo social –, notadamente com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Estes documentos marcaram definitivamente uma nova era constitucional que define novos papéis e obrigações do Estado. Neste sentido, a principal contribuição do constitucionalismo social, como decorrência parcial das construções teóricas coletivistas-socialistas, foi uma ampliação material das Constituições, especialmente através da constitucionalização de direitos não-individuais. Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 137.

A - Um de ordem política, através da luta pelos direitos individuais (Terceira Geração), pelos direitos políticos e, finalmente, pelos direitos sociais, e B - Outra de natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial, pois ‘o desenvolvimento industrial parece a única constante capaz de ocasionar o surgimento do problema da segurança social’.<sup>119</sup>

Explicando, no Estado de Direito Social<sup>120</sup> passa-se, agora, a reivindicação profunda da intervenção estatal como produtor de bens e serviços, organizador e prestador de serviços públicos, interventor na vida sócio-econômico dos cidadãos. Ao Estado, compete definir metas e planejamento no setor político-econômico, incentivar e fiscalizar a atividade dos sujeitos sociais, produzindo bens e serviços em prol da coletividade, garantindo o mínimo de sobrevivência digna ao ser humano em situações de carência. Nessa seara de raciocínio, Lenio Streck afirma que:

São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão-só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito de mercado – para o Estado Intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada.<sup>121</sup>

Com advento do Estado Social, para Eduardo Cambi:

Os direitos subjetivos (individuais) precisaram ser completados pelos direitos sociais. A categoria dos direitos sociais reconhece os indivíduos como seres que precisam um dos outros, que devem se reconhecer reciprocamente e colaborar para assegurar o convívio democrático de liberdade e direitos em uma sociedade capaz de respeitar as diferenças e promover a justiça. O Estado Social afirma que a liberdade, a que se refere à proteção de direitos fundamentais, implica assegurar a criação de estruturas sociais que garantam a maior oportunidade possível de desenvolvimento da personalidade.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

<sup>120</sup> Para Miranda, o Estado social de direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1º) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político, um objetivo permanente; 2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 40.

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 63.

<sup>122</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. p. 175-177.

Enfim, diante do território inóspito dos direitos privados – liberdade e propriedade para ficar apenas nestes –, o indivíduo passa a ter o direito de ser protegido na longevidade, independentemente da sua situação social, visto que a intervenção estatal se propõe a assegurar as garantias mínimas aos cidadãos em prol da ideia de vida boa, justiça social e socialização das relações interpessoais.

### 2.5.2 A Constituição Social: segunda dimensão de direitos fundamentais

Abordando esta questão do desenvolvimento histórico de modelo de Estado, que atravessa séculos, após as Revoluções de 1848, com os conflitos concentrados nas reformas sociais surgindo destes as ideias socialistas, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 04/11/1848 – veja volta-se para Revolução Francesa – esboçou uma ampliação em termos de direitos sociais fundamentais que, posteriormente, definiriam os diplomas constitucionais do século XX.

Além dos tradicionais direitos humanos, no art. 13, ficou estabelecido pela Constituição Francesa como direitos dos cidadãos: “a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer”.<sup>123</sup>

Entretanto, foi no século XX que o Constitucionalismo Social abeberou-se em documentos fortemente voltados para os direitos sociais atribuindo ao Estado um novo modelo capaz de superar os conflitos gerados pelo sistema capitalista. A positivação dos direitos sociais, como uma nova dimensão dos direitos fundamentais, vem notadamente documentados nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 29.

<sup>124</sup> Para Bolzan de Moraes, já no Século XX, com origens ainda no transcurso do Século XIX, sobretudo no contexto das lutas operárias, observa-se este mesmo Estado Liberal transmutar-se substancialmente, assumindo o feitiço de Estado Social (conceito aqui utilizado em sua acepção genérica), suportado em um novo Constitucionalismo. O Constitucionalismo Social traz consigo, assim, o reconhecimento constitucional desta *questão social* que advém das transformações operadas pelas revoluções industriais, pelo modo de produção (fabril) e pela emergência de nova categoria social – o proletariado ou as classes operárias. Tal *questão social* de igualdade ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) que em tudo diferem dos primeiros, em particular por exigirem uma maior e mais qualificada intervenção, bem como a elaboração de *políticas públicas prestacionais* para a sua satisfação, o que faz deslocar o foco das atenções da esfera legislativa do Estado – característico do Estado Mínimo – para o ambiente de sua atividade executiva, responsável pela concretização, via políticas públicas, destes novos direitos “*à*”, diversos em conteúdo, forma e exigências dos anteriores “*de*”. Não basta mais, agora, apenas reconhecer legislativamente os direitos humanos, é preciso assegurar a usufruição dos *novos* direitos – sociais, econômicos e culturais – constitucionalizados. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106-107.

A Constituição Mexicana de 1917 passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, como, por exemplo, os direitos trabalhistas onde seu art. 5º estabelece que:

O contrato de trabalho obrigará somente a prestar o serviço convencionado pelo tempo fixado em lei, sem poder exceder um ano em prejuízo do trabalhador, e não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda ou diminuição dos direitos políticos ou civis.

A falta de cumprimento do contrato pelo trabalhador, só o obrigará à correspondente responsabilidade civil, sem que em nenhum caso se possa exceder coação sobre a pessoa.<sup>125</sup>

Em contrapartida, Jorge Miranda afirma que a Constituição de Weimar é, sobretudo, a primeira das grandes Constituições europeias a interessar-se profundamente pela questão social, justamente em contraste com a aparente neutralidade das Constituições liberais do século passado.<sup>126</sup> E o referido autor continua pontuando que:

Essa relevância constitucional dos problemas sociais traduz-se principalmente em: 1º) a regulamentação de domínios até então esquecidos, como o casamento (art. 119º), a juventude (art. 120º), a educação (arts. 142º e segs.) ou a vida económica (art. 151º e segs.); 2º) a atribuição aos cidadãos de direitos sociais; 3º) as limitações impostas ao princípio da liberdade contratual (art. 152º) e à propriedade privada (art. 153º), em virtude da função social que desempenham.<sup>127</sup>

Cabe ainda destacar a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, conhecida como a Constituição de Bonn,<sup>128</sup> de cunho provisório para os alemães ocidentais, bem como acerca do primeiro texto de vocação Constitucional Soviético com a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 23 de janeiro de 1918, de alguma sorte réplica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, contrapondo ao carácter individualista dos princípios coletivistas.<sup>129</sup>

Ou seja, muito resumidamente, na verdade, a partir das duas grandes guerras mundiais é que se define o Estado de Bem Estar Social e se concretiza Constitucionalmente nas Cartas Políticas dos Estados perfectibilizando a sua plenitude à conquista da cidadania.

<sup>125</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 30.

<sup>126</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>128</sup> Segundo Miranda, a Constituição de Bona faz uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admitem implícita ou explicitamente, que o Direito natural limita o poder do Estado. Proclama, entre outros, os seguintes princípios: *a)* Os direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento da ordem social (art. 1º, nº 2); *b)* A vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial pelo direitos fundamentais enunciados na Constituição (art. 1º, nº 3); *c)* A necessidade de qualquer restrição de direito fundamental se efectuar por lei geral não afecte o seu conteúdo essencial (art. 19º, nº 1 e 2); *d)* A possibilidade de tutela jurisdicional em caso de ofensa de qualquer dos direitos fundamentais (art. 19º, nº 4). Ver a respeito *Ibid.*, p. 127-128.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 113.

Na linha do Constitucionalismo Social, com o Brasil não foi diferente, as Constituições de 1934, 1946 e 1988 introduziu esses direitos de cunho social, econômico e cultural constituído justamente a partir da herança socialista de bem estar social.<sup>130</sup> E, para corroborar e exemplificar, vale citar o Capítulo II, Dos Direitos Sociais, elencados dos artigos 6º à 11 , bem como o Título VIII, Da Ordem Social, positivados nos artigos 193 à 232, todos da Constituição de 1988.

Mas, enfim, diante da hegemonia dos direitos sociais, como direito fundamental consagrado pelos Estatutos Constitucionais da Modernidade, as conquistas foram árduas e difíceis, mas gradativamente esta nova ordem traz uma ideia de “vida boa e feliz” assegurada no princípio da dignidade da pessoa humana, originária e destinada à ação do Poder Estatal.

## 2.6 O Processo sob a Ótica de Bem Estar

Postas estas noções, cabe agora investigar a atividade jurisdicional na perspectiva do Estado Social de Direito, onde a postura do magistrado que, até então era passivo, passa ter nas mãos a condução do processo e a busca do bem-estar dos indivíduos, o qual exige do Estado prestações positivas atraindo para si a administração da justiça distributiva que, para Damaska ficou denominado de “*Estado Activista*”.<sup>131</sup>

Neste ponto, há uma nova dimensão conferida ao processo e, portanto, novas atribuições e posturas que deverão ser adotadas pelo Estado-juiz, isto é, nas palavras de Cristina Reindolff da Motta, “inaugura nova posição do juiz: a de protagonista frente ao

<sup>130</sup> Nesses textos colhe-se um profundo influxo do constitucionalismo alemão do século XX nas Constituições brasileiras; influxo que parte tanto da Constituição de Weimar como a da Lei Fundamental, sobretudo da primeira, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934, ao passo que a segunda fez sentir sua ação de modo menos direto, porém, não menos eficaz. Mormente em termos doutrinários. O grau menor de influência atribuído à Lei Fundamental de Bonn, de 1949, se deve entre outras razões ao fato de que ela, do ponto de vista histórico, é mais recente. E também, à circunstância de que a característica básica de Weimar – o sentido social dos novos direitos – já fora incorporada a duas Constituições da terceira época constitucional, ou seja, as de 1934 e 1946. Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de se a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância da esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 367-367.

<sup>131</sup> Tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. Abarca o lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material e moral dos ciudadanos. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 140-141.

processo. Surge então o protagonista processual, que acaba levando o processo para o centro de uma sociedade como reparador político e econômico dessa sociedade”.<sup>132</sup>

Assim, percebe-se um aumento significativo da atividade estatal, a democratização das relações sociais e a justiça social, como menciona Pietro Costa e Danilo Zolo, citando Heller e Neumann: “o Estado de Direito mantém ligação privilegiada com uma nova classe de direitos (os direitos que podemos enfim chamar de “sociais”), que consagram juridicamente a pretensão de uma intervenção “positiva” do Estado em relação aos sujeitos”.<sup>133</sup>

Na verdade, o processo é visto, assim, na perspectiva socializadora, como um inevitável instrumento da instituição estatal de bem-estar social para a busca da pacificação social. Verifica-se, assim, uma nítida ruptura com os modelos liberais, partindo-se de uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia, e instituindo-se, paulatinamente, no âmbito processual moderno, a partir do modelo social de Estado, a implementação do debate sobre o protagonismo judicial, como poderá ser ver no decorrer do trabalho.

Indo direto ao assunto, enquanto no modelo liberal de Estado percebeu-se que o processo encontrava-se adstrito à conduta exclusiva das partes no *iter* processual, no socialismo jurídico, – além de reduzir (ou retirar) a atividade das partes na condução do processo –, amplia-se os poderes do magistrado, cuja concepção, inclusive, é voltada mais à oralidade.<sup>134</sup>

Neste sentido, é preciso ter presente, e vale consignar, o movimento processual no curso da história sofreu grande influência socialista de pensadores como Anton Menger, Franz Klein e Oskar Von Bülow, cujo papel do magistrado na condução do processo, resumidamente, e para Anton Menger, deveria ser protetor das classes mais desfavorecidas.<sup>135</sup> Decorre que o período do Estado Social, consolidado efetivamente no continente europeu no momento posterior ao término do segundo pós-guerra, para Hermes Zaneti Junior, constituiu essencialmente nas seguintes características:

- a) o colapso da teoria da separação dos poderes, com surgimento de um centralismo no Poder Executivo (que, no Brasil, sempre existiu desde a 1ª República e mesmo antes, no período colonial e imperial, como herança das

<sup>132</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42.

<sup>133</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 172.

<sup>134</sup> Como se vê, o juiz passa a ter o papel preponderante na atividade judicial, dirigindo o processo e mantendo sua marcha rápida e regular. Esse reposicionamento do magistrado e do processo faz com que o trabalho do juiz seja maior e extenuante, corroborando para um problema que se faz presente ainda atualmente, qual seja, a massificação das decisões. À medida que se aumenta a frequência do processo, o Estado deve passar a vê-lo como um fenômeno de massa e adaptar-se para conduzi-lo de maneira a chegar o resultado rapidamente, baseado na verdade, que pode ser investigada de ofício. Assim, o processo não fica mais nas mãos das partes, tal como acontecia no liberalismo processual, mas sim nas mãos dos juízes. Cf. MOTTA, op. cit., p. 43.

<sup>135</sup> Ver a respeito: Cf. *Ibid.*, p. 43-44.

tradições reinícolas de Portugal); b) inflação legislativa, por força do novo instrumentalismo jurídico, com conseqüente descodificação e fim da coerência do sistema jurídico; c) forte presença de um conteúdo promocional do direito, provocando a juridificação da justiça distributiva; a expressão proteger juridicamente passa a ter, ao lado do clássico sentido negativo, um sentido positivo; nesse sentido, o Estado assume a gestão da tensão entre ‘justiça social e igualdade formal’ que ele próprio criou no momento anterior; d) surgimento e proliferação de novos direitos, em especial direitos coletivos, porque ‘a distinção entre litígios coletivos torna-se problemática na medida em que os interesses individuais aparecem, de uma ou outra forma, articulados com interesses coletivos’.<sup>136</sup>

Nesses termos, da simbiose de Estado de Direito de viés Liberal e Social é que exsurge o Estado de Direito Democrático incitador da participação pública no processo de (re)construção da sociedade que, no mesmo sentido, Lenio Streck professa: “o *Estado Democrático de Direito* emerge como um aprofundamento de fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, do outro, do *Welfare State*”.<sup>137</sup>

Enfim, da mesma forma que os direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) foram recepcionados pela Carta Política 1988, com os direitos sociais não poderia ter sido diferente, ainda mais quando foram instituídos pelo poder constituinte do Estado Democrático de Direito em busca da justiça social.

## **2.7 As Concepções e o Tensionamento para a (de)construção do Welfare State: os influxos da globalização**

O eixo central da concepção do Estado Social vem caracterizado por normas tipicamente sociais-fundamentais contidas nas constituições contemporâneas visando a superação da alegada igualdade unicamente formal.

Em contrapartida, enquanto no Estado Liberal de Direito emerge com expressão jurídica da democracia liberal – como limitação do poder de Estado –, a adjetivação do Estado de Direito Social pretende corrigir o individualismo por meios de garantias coletivas.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 161.

<sup>137</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 64.

<sup>138</sup> Pode-se apontar como características deste tipo de Estado de Direito: A – Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto com ideal de justiça. B – A garantia de liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado; C – A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireita – *referendum* e plebiscito – bem como, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; D – O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo,

Este embate individualista-coletivista emergiu, com mais intensidade, por meios dos anseios das sociedades complexas e de suas estruturas que, segundo André Leonardo Copetti Santos,

a partir da positivação constitucional de modelos de sociedade, cidadania, Estado, Direito e democracia, consistentes em Estados Democráticos de Direito, os quais, pela complexidade e pelo paroximo ôntico-axiológico que encerram suas estruturas normativas, revelam um enorme potencial de controvérsias, discussões e disputas teóricas, cujas perspectivas de reflexo de mundo da vida são enormes.<sup>139</sup>

De plano, a construção do Estado Social não corresponde apenas à algumas obrigações aos direitos de liberdade substancial, tampouco às formas de produção legislativas, mas, também e, – principalmente –, às obrigações aos direitos da coletividade (para ser mais preciso: os direitos sociais-fundamentais).

E aqui está a questão que tensiona essas concepções, isto é, na Modernidade estão situados justamente na emergência do socialismo, como alternativa política ao liberalismo, “que colocou uma série de interrogações sobre as (in)certezas liberais-individualistas em contraponto às culturas coletivistas, até então, diga-se de passagem, inquestionáveis para os juristas”.<sup>140</sup> Assim, este embate foi jogado para dentro do Poder Judiciário, para ser mais direto, para o “colo” dos juristas, e tece-lhes para decidir os casos postos à julgamento. E, mais, já adiantando: a obrigatoriedade de fundamentar suas decisões.

E, um fator decisivo na origem da Modernidade, concomitantemente, com o sistema capitalista, foi exatamente a imbricação entre o poder político e o capital privado que nasce daí os Estados territoriais, as economias e entidades nacionais, conforme anteriormente debatido. E, outro fator que contradiz o senso comum de que os Estados nacionais teriam sempre um freio – ainda que impotente – ao movimento da globalização do capital, a lição histórica aponta numa direção oposta que, segundo leciona Lenio Streck, se é verdade que o capital sempre teve uma propensão incontida à globalidade, “os Estados territoriais já

---

assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. [...] Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

<sup>139</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 35.

nasceram tentando expandir seu poder na direção extraterritorialidade, competindo entre si e tentando construir impérios cada vez mais globais”.<sup>141</sup>

Mais: a economia – que até a era moderna não constituía parte excepcionalmente importante da ética e da política, e que se baseava na premissa de que os homens agiam em relação às suas atividades econômicas como agiam em relação a tudo mais – só veio a adquirir caráter científico quando os homens se tornaram seres sociais e passaram a seguir unanimemente certas normas de conduta, de sorte que aqueles que não seguissem as regras poderiam ser considerados associais ou anormais.<sup>142</sup>

Neste ponto, o desenvolvimento econômico apresenta outra dimensão a qual vem alinhada à insegurança econômica que, com grande frequência, pode estar relacionada à ausência de direitos e liberdades democráticos. De fato, o funcionamento da democracia e dos direitos políticos pode até mesmo ajudar a impedir o crescimento desenfreado das desigualdades sociais (pano de fundo do Estado Social de Direito) que ainda se propaga pelo mundo e, também, porque não dizer: aqui em território brasileiro.

Porém, mais fundamentalmente, a liberdade política e as liberdades civis, conquistadas ao longo da história, são importantes por si mesmas, isto é, são elementos constitutivos da liberdade humana de modo direto que, para Amartya Sen, “não é necessário justificá-las indiretamente com base em seus efeitos sobre a economia”.<sup>143</sup>

De todo modo, de acordo com os cânones desde à época do liberalismo, pontuado acima, a economia funcionava independentemente da atividade política e da intervenção do Estado, isto é, o capitalismo financeiro ditava suas próprias regras e normas de condutas. Nesse particular aspecto, vale lembrar, a liberdade e a propriedade surgem inseridas num contexto constitucional ligados estritamente aos direitos fundamentais. Entrementes, no percurso da história, o velho paradigma liberal de que a economia até, então, confiada à lei de mercado (*mão invisível* de Adam Smith), mostraria sinais de fracasso impondo-se a necessidade intervencionista do Estado, agora, preocupado com as questões sociais.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 52.

<sup>142</sup> Cf. ARENDT, Hannah. *Condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 52.

<sup>143</sup> Mesmo quando não falta segurança econômica adequada as pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis, elas são privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas, sendo-lhes negada a oportunidade de participar de decisões cruciais concernentes a assuntos públicos. Essas privações restringem a vida social e a vida política, e devem ser consideradas repressivas mesmo sem acarretar outros males (como desastres econômicos). Ver a respeito: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 31.

<sup>144</sup> Segundo Avelãs Nunes, as leis naturais da economia, o livre jogo das forças do mercado encarregar-se-iam de fazer convergir espontaneamente e automaticamente a atuação de todos na realização da racionalidade econômica, da eficiência e do equilíbrio econômico. Assim se justifica a concepção liberal de rigorosa

Nessa perspectiva, o Estado Social, enquanto Estado econômico, assumiu como Estado prestador de serviços, Estado redistribuidor do rendimento, Estado providência, Estado de bem-estar, ou seja, esse modelo estatal vem caracterizado na ideia de responsabilidade social e coletiva, sobretudo em nome dessa lógica é que o próprio conceito de democracia “passou a integrar o reconhecimento e a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais agora são considerados essenciais para que sejam efetivos e indissociáveis dos direitos fundamentais”.<sup>145</sup>

Nesse ambiente, é importante ressaltar que o constitucionalismo do Estado de Bem-Estar abeberou-se em documentos fortemente voltados para os direitos sociais atribuindo ao Estado um novo modelo capaz de superar os conflitos gerados pelo sistema capitalista.

Em contrapartida, diante do crescimento exacerbado da economia capitalista, em detrimento dos gastos públicos, os primeiros sinais de crises e tensões do *Welfare State* estavam justamente relacionados ao sistema financeiro. As grandes organizações internacionais, as empresas capitalistas e as classes operárias entram em conflito na tentativa de salvaguardarem seus interesses.

Este paradigma de cunho (neo)liberal acarreta a redefinição para baixo das funções do Estado e o desmantelamento progressivo das proteções do Estado Social, ao mesmo tempo que é acompanhado de um poderoso movimento de mundialização das economias por instigação das empresas transnacionais que estão doravante em posição de impor as regras do jogo que lhes convêm, nomeadamente a supressão dos entraves à circulação de bens, dos serviços e dos capitais.<sup>146</sup>

---

separação entre o estado e a economia, entre a economia e a política. Só esta última diria respeito ao estado, cabendo aos cidadãos, em último termo, o poder político. A esfera econômica diria respeito apenas à esfera privada dos indivíduos, enquanto produtores/vendedores e consumidores/compradores. O estado (o estado capitalista liberal do séc. XIX) foi, por isso, remetido para a posição de simples estado guarda-noturno, apenas lhe cabendo intervir para garantir a defesa da ordem social, para assegurar a cada um o pleno exercício da liberdade individual e para criar e manter certas instituições e serviços necessários à vida em sociedade e que o simples jogo dos interesses individuais não realizaria. [...] Este pressuposto liberal falhou em virtude de vários fatores: progresso técnico; aumento da dimensão das empresas; concentração do capital; fortalecimento do movimento operário (no plano sindical e político) e agravamento da luta de classes; aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, que começaram a afirmar-se como alternativas a ele. Falhado esse pressuposto – que justifica a tese de que o estado deveria estar separado da sociedade e da economia – foi necessário confiar ao estado (estado capitalista) novas funções, no plano da economia e no plano social. A emergência do estado social significou uma diferente representação do estado e do direito, aos quais se comente agora a missão de realizar a “justiça social” proporcionando a todos as condições de uma vida digna, capaz de assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. Ver em: NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15 - 30.

<sup>145</sup> Ibid., p. 32.

<sup>146</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999. p. 400.

Mais particularmente, segundo António José Avelãs Nunes, com o *crash* na bolsa de Nova York, em 1929 teve início a mais séria crise do capitalismo do século XX, “a *Grande Depressão*, que depois se propagaria à Europa capitalista e a todo o mundo capitalista. Os preços baixaram (deflação), as falências se sucederam, a produção diminuiu consideravelmente e o desemprego se alastrou”.<sup>147</sup>

Para tanto, era necessário e imprescindível a intervenção do Estado para o enfrentamento da crise. Neste quadro, em 1932, sob a Administração Presidencial do EUA, Franklin Roosevelt, assumiu como objetivo essencial: o de evitar o colapso da ordem capitalista, através de um conjunto de medidas de política ativa – que ficaram conhecidas por *New Deal* –, ou seja, em síntese, um programa de estímulo à recuperação da economia e do emprego através do aumento da despesa pública, o *New Deal* foi um conjunto de operações de salvamento.<sup>148</sup>

Explica Lenio Streck que “findando a segunda guerra mundial, prevaleciam na ordem econômica mundial as políticas do *New Deal* e do Estado Social, tendentes à afirmação do seu aprimoramento, na forma do *Welfare State*”,<sup>149</sup> isto é, a tese da presença do Estado nas questões sociais ainda eram perceptíveis, principalmente nas áreas da saúde, do ensino, do trabalho e etc..

Nesse contexto, o desafio da crise econômica imposta ao Estado de Bem-Estar se põe novamente em debate, na medida em que “os problemas de caixa do *Welfare State* já haviam apresentados na década de 1960 quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estavam em descompasso, ou seja, estas superando aquelas”, como bem coloca Bolzan de Moraes. E o referido autor continua:

Os anos de 1970 irão aprofundar este desequilíbrio econômico, na medida em que o aumento da atividade e das demandas em face do Estado e a crise econômica mundial – explicitada a partir da crise da matriz energética de base petroquímica –, com os reflexos inexoráveis sobre o cotidiano das pessoas, impondo-lhes necessidades e retirando-lhes capacidade de suportá-

---

<sup>147</sup> NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

<sup>148</sup> Nessa conjuntura, o governo norte americano atribuiu subsídios aos desempregados e aos idosos e pensões aos veteranos de guerra, concedeu apoios aos agricultores, desvalorizou o dólar e abandonou o padrão-ouro, baixou as taxas de juros, apoiou a recuperação e reestruturação de empresas, instituiu o salário mínimo, reconheceu a liberdade de organização sindical e o direito à contratação coletiva, lançou grandes programas de obras públicas para combater o desemprego. Mas o *New Deal* procurou também satisfazer os grandes empresários, regulando a atividade bancária e o mercado financeiro e fazendo deles parceiros privilegiados do Estado no governo da economia. Ver a respeito em NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47-48.

<sup>149</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 59.

las, implicam um acréscimo ainda maior de despesas públicas, o que redundará no crescimento do déficit público na medida em que o jogo de tensões sociais sugere uma menor incidência tributária ou estratégias de fugas – seja via sonegação, seja via administração tributária –, projetando, por consequência, uma menor arrecadação fiscal, por um lado e, do outro, as necessidades sociais, muitas delas, inerentes a um momento de crise econômica e das atividades produtivas, avolumam-se formando um círculo vicioso entre crise econômica, debilidade pública e necessidade sociais.<sup>150</sup>

De plano, vale destacar a grande mudança drástica ocorrida nas instituições ainda na década de 1980 quando Ronald Reagan e Margaret Thatcher introduziram uma ideologia política assentada de livre mercado financeiro, tanto nos Estados Unidos, quanto no Reino Unido. Nessa época, conforme Bolzan de Moraes,

alguns projetos políticos em execução na América Latina, por exemplo, como nos casos de Fujimori, no Peru, Collor e Fernando Henrique, no Brasil – e, de algum modo, na continuidade da política econômica acatada por Lula, embora avanços também percebidos neste período e agora Dilma –, a Argentina, desde Menem, para citar apenas alguns e próximos, mas que, mesmos aqueles, não alcançaram plenamente a (des)construção da totalidade dos mecanismos de *welfare* produzidos ao longo dos últimos 50 anos, principalmente.<sup>151</sup>

Diante desse contraste entre o Estado de Bem-Estar Social *versus* poder econômico, necessário se faz, na ótica de Joseph E. Stiglitz, tentar elaborar políticas e uma filosofia econômica que enxergassem o relacionamento entre Estado e mercado financeiro como complementares, ambos atuando em parceria, que reconhecessem que, embora os mercados

<sup>150</sup> E, mais: Nos anos de 1980, todavia, irão trazer à tona um novo viés de crise que afeta o Estado Social. Ao lado dos problemas fiscais financeiros vem à tona o déficit de legitimação que afeta a sua formação. [...] Ocorre, então, o que vai ser designado como uma *crise ideológica*, patrocinada pelo embate, antes mencionado, entre *democratização do acesso* ao espaço público da política, oportunizando que, pela inclusão e participação ampliada, tenha-se um aumento significativo de demandas e, para além, tenha-se, também, a complexificação das pretensões sociais, até mesmo pelo perfil dos novos atores que se colocam na cena pública, e *burocratização das fórmulas* para responder a tais pretensões a partir da constituição de um corpo técnico-burocrático a quem incumbe a tarefa de elaborar estratégia de atendimento de demandas, na medida em que a lógica política democrática vai de encontro à lógica da decisão tecnoburocrática, caracterizada por uma verticalidade descendente. [...] *Acrise filosófica* atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social. Aponta para a desagregação da base do Estado do Social, calcada esta no seu fundamento a *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais ou sua construção insuficiente, das estratégias de políticas públicas a ele inerentes, bem como nas fórmulas interventivas característicos deste modelo de Estado. [...] O que se coloca neste momento, como imprescindível para a manutenção e/ou o resgate das conquistas modernas expressas nos projetos constitucionais – neoconstitucionais – hoje em vigor, é o enfrentamento das crises e a construção de estratégias passíveis de serem adotadas ou já postas em prática. Ver a respeito em: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46-49.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 43.

estivessem no centro da economia, havia um papel essencial, ainda que limitado, a ser desempenhado pelo Estado: reduzir as desigualdades sociais.<sup>152</sup>

De todo modo, as alterações do perfil do Estado e sua atuação marcante no cenário econômico, distanciando-se de vez do caráter absenteísta, deve-se ficar muito atento às transformações introduzidas pelas novas tecnologias, novos mercados e à criação de novos setores.

Então, diante, do enfraquecimento do Estado, ante o impacto fenomenológico da globalização e da internacionalização que debilita a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização no seu mercado interno e, por consequência, seu poder de garantir e implementar a eficácias dos direitos fundamentais, a globalização econômica<sup>153</sup> vem gradativamente – e de forma impactante no espaço interno do Estado-Nação – alterando a política de mercado, influenciando diretamente nos capitais financeiros, imunes a fiscalização governamental, e esvaziando parte dos instrumentos de controle dos atores nacionais.

Eis aqui um ponto crucial. O processo de globalização provoca mudanças na estrutura e/ou no papel do Estado (inclusive no Judiciário) e se põe em questão justamente o Poder, – como soberania –, e talvez aqui, nas palavras de Bolzan de Moraes, fosse possível falar em um novo conceito de soberania alicerçada na capacidade de seu poder econômico, no seu papel

---

<sup>152</sup> STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. Trad. Balzán Tecnologia e Linguística. 4. ed. São Paulo: 2002. p. 15.

<sup>153</sup> Já a palavra globalização tem uma história breve e vertiginosa. Embora tenha sido “inventada” em 1944 por dois autores – Reiser e Davies – que previam uma “síntese planetária de culturas” em um “humanismo global”, talvez suas raízes imediatas remontem aos anos 60, quando conheceu um utilização marginal em certos círculos acadêmicos e teve ampla repercussão a metáfora de Marshall McLuhan sobre a configuração de uma “aldeia global” possibilitada pelas novas tecnologias de informação e comunicação. Mas a expressão propriamente dita, no sentido econômico que hoje prevalece, surge no início dos anos 80 em reconhecida escolas americanas de administração de empresas e populariza-se através de consultores estratégicos e *marketing* internacional, difundindo-se através da imprensa econômica e financeira especializada e, rapidamente, é assimilada pelo discurso hegemônico neoliberal. A origem do termo “globalização” vincula-se, organicamente, às grandes corporações multinacionais originárias dos três centros do capitalismo mundial (Estados Unidos, Europa Ocidental e Japão). Nelas se afirmam que a constituição de uma economia mundial sem fronteiras, juntamente com a capacidade de comunicação e controle em tempo real que as inovações tecnológicas permitem, abrem a possibilidade das grandes empresas mais internacionalizadas de obterem altas taxas de lucro, através da globalização dos mercados e, sobretudo, da integração global da criação do valor de pesquisa e desenvolvimento, produção e prestação de serviços, financiamentos dos investimentos, recrutamento de pessoal e empréstimos financeiros. É o momento da retórica obsessiva da competitividade internacional, ou seja, a corrida provocada pelos investimentos, financiamentos, comércio internacional, inovações tecnológicas e bem-estar geral. Numa visão mais sistêmica, chega-se a afirmar que a emergência da economia globalizada, rompe de tal modo com o passado que se assiste, virtualmente, à decomposição das economias nacionais e ao fim do Estado-nação como organização territorial eficaz em matéria de governabilidade das atividades econômicas nacionais. Ver em: GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 18-20.

hegemônico como poder bélico e na ampliação da velocidade e quantidade da troca de informação em nível global, em particular desde as novas possibilidades tecnológicas.<sup>154</sup>

Ou seja, a inserção dos Estados em organizações implica em obrigações internacionais, (de ordem econômica, social, política, jurídica e cultural) com uma tendência de permanência de tal monta que pressupõe uma relativização da soberania do Estado em face justamente da emergência e fortalecimento de estruturas e instâncias jurídicas supranacionais, regionais ou mundiais o que dever ser (re)visto.<sup>155</sup>

Conforme destaca Bolzan de Moraes, as chamadas *comunidades supranacionais* ou mesmo, os *espaços regionais* – Comunidade Econômica Europeia/CEE/União Europeia, NAFTA, MERCOSUL, CAN etc. – particularmente a primeira, impõem uma nova lógica às relações internacionais as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo, limitação ou comprometimento recíproco.<sup>156</sup>

Mais especificamente, a globalização é impulsionada pelas corporações internacionais, que não só movimentam capital e mercadorias através das fronteiras, mas também movimentam todo o sistema tecnológico.

Dentro desse contexto internacional globalizado resta evidente uma nova concepção/conceito de soberania, ajustada aos interesses do poder econômico. Esse fenômeno pode estar atrelado às crises do Estado de Bem-Estar Social, à mundialização da economia de mercado e do capitalismo financeiro, além do efetivo desenvolvimento tecnológico e científico dos meios de comunicação e dos ambientes virtuais adotados pelas instituições financeiras e pelos atores do comércio internacional.<sup>157</sup>

<sup>154</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28-29.

<sup>155</sup> Sobre o tema, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito”. In: LONGO, Luís Antônio (Org.). *A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: SAFE, 2008. p. 31-50.

<sup>156</sup> MORAIS, op.cit., p. 29-30.

<sup>157</sup> Para Manuel Garcia-Pelayo, a tecnologia se tornou, assim, um fator de produção autônomo, distinto e agregado ao capital e ao trabalho. A inovação já não depende do surgimento casual de um invento. Ela é previamente buscada e definida através da organização planificada da investigação e do desenvolvimento. Entre os efeitos da tecnologia sobre o sistema econômico, limitamo-nos a assinalar os seguintes: a) a tecnologia constitui o principal instrumento para a concorrência, pelo menos em um certo nível empresarial – cada inovação torna obsoleto e produto precedente, criando demanda para o novo produto; b) ela torna possível a produção crescente de novos bens e serviços e a diminuição dos custos, o que, junto ao primeiro efeito, leva ao aumento do consumo, um dos requisitos básicos, para a reprodução do sistema neocapitalista; c) a tecnologia ajuda a acentuar a divisão do mundo empresarial em grandes empresas – ou, se for o caso, em monopólios e oligopólios – e empresas médias ou pequenas; d) assim como as possibilidades oferecidas pela primeira revolução industrial eram incompatíveis com os privilégios corporativos, as possibilidades oferecidas pela revolução tecnológica são inconciliáveis com os limites nacionais, ou seja, o desenvolvimento tecnológico promove as empresas multinacionais, com a consequente lesão da capacidade de autodeterminação dos Estados; e) a tecnologia conduz a classe trabalhadora na direção da aprendizagem, da reciclagem e da especialização técnica, o que contribui para romper a sua homogeneidade. A revolução

Desnecessário dizer que, em uma postura nesse sentido, o poder soberano dos Estados nacionais resta vulnerável em sua organização econômica, uma vez que administrar com maior ou menor autonomia a inserção do país no sistema internacional depende de opções políticas em prol da defesa de sua soberania e do fortalecimento do poder de negociação dos governos nacionais.

Sob o aspecto das organizações econômicas, não se pode olvidar o papel jogado pelas chamadas empresas transnacionais no bojo de um capitalismo financeiro que, exatamente por não terem nenhum vínculo com algum Estado em particular e, mais ainda, por disporem de um poder de decisão, em especial financeiro, que pode afetar profundamente a situação de muitos países, especialmente aqueles débeis economicamente, superposto a um modelo produtivo de novo tipo onde a produção cede lugar à autorreprodução do próprio capital, “adquirem um papel fundamental na ordem internacional e, em especial, impõem atitudes que não podem ser contrastadas sob argumento da soberania estatal”.<sup>158</sup>

Nessa mesma seara de raciocínio, outro agente fundamental neste processo de transformação da noção de soberania, segundo Bolzan de Moraes são:

As Organizações Não Governamentais (ONGs). Estas entidades, que podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais, atuam em setores variados, tais como: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional), saúde (Médicos Sem Fronteiras) etc. O papel das mesmas vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional. Tais vínculos, incongruentes com a ideia de poder soberano, são uma realidade da contemporaneidade onde os relatórios destas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, em especial naqueles que dependem da ‘ajuda’ econômica internacional.<sup>159</sup>

Dito de outro modo, o processo de globalização em curso coloca o Estado Moderno num contexto de interdependência estrutural que torna obsoleta a concepção tradicional de

---

tecnológica obrigou o Estado a assumir novas funções, já que ela afeta o desenvolvimento geral do país e, especialmente, a defesa nacional. Ademais, o Estado precisará avaliar até onde uma medida que satisfaz um determinado valor tecnológico pode entrar em contradição com outros valores, como, por exemplo, a conservação do meio ambiente, a estabilidade social, o equilíbrio regional etc. [...] O sistema neocapitalista gira em torno da economia de mercado, por ele considerada como marco mais adequado para aumentar a produtividade, assegurar a inovação tecnológica e satisfazer as necessidades de consumo com as máximas possibilidades de escolha por parte dos consumidores. Entretanto, os economistas neocapitalistas reconhecem que a liberdade de mercado deve sofrer as limitações necessárias para eliminar seus efeitos disfuncionais, tanto de natureza social como econômica. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56-58.

<sup>158</sup> Cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 30.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 31.

soberania. A perda do Estado no comando, sobre uma série de variáveis essenciais de que depende o desenvolvimento econômico e social, acarreta uma redefinição de suas funções e, correlativamente, a clareza e precisão das fronteiras entre o público e o privado tendem a se atenuar, entranhando uma banalização da gestão pública e, enfim, nos casos em que o Estado estiver organizado de um modo unitário, assiste-se a um movimento de fragmentação e de degeneração de aparelhos cada vez mais heterogêneos.<sup>160</sup>

Nesta ordem, nota-se que o Estado de Bem-Estar Social não consegue mais ser o único centro de poder ante a força dos agentes econômicos, tendo em vista a complexidade de uma nova ordem mundial que assola a ação política como contrapartida da supervalorização dos mecanismos econômicos, onde a ordem jurídico-constitucional do Estado-Nação enfrenta enorme limitação estrutural.

Percebe-se que a globalização implica num processo de acumulação e internacionalização de capitais que passa além-fronteiras e escapa de toda e qualquer regulação e caráter nacional cominando aos Estados o descumprimento do pacto constitucional deixando – por vezes – de efetivar os direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos.

Nessa mesma ótica, para José María Gómez, uma multiplicidade de consequências sociais geradas ou reforçadas por esse processo desigual de globalização do capitalismo é, hoje, bastante conhecida:

Aumento da exclusão social e espacial, concentração de renda, achatamento salarial, incremento de desemprego estrutural, flexibilização dos direitos sociais e aumento das antigas identidades e solidariedades de classe, crescimento das correntes migratórias internacionais, consumismo desenfreado em expansão geográfica, intensificação e alcance planetário de degradação ambiental, para ficar apenas nestes.<sup>161</sup>

Nessas premissas, o capital, as sociedades transnacionais<sup>162</sup> e corporações multilaterais assumem o controle do mercado internacional/mundial, cuja economia global cria, desta

---

<sup>160</sup> Cf. leciona CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37.

<sup>161</sup> GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 36.

<sup>162</sup> A sociedade transnacional, tem como pressuposto a distinção entre Estado e Sociedade, e pode definir-se como conjunto social resultante das interações diretas entre atores pertencentes a sociedades de distintos Estados. Entre tais interações, podem contar-se o tráfego e os fluxos monetários e financeiros, de mercadorias, de pessoas, de ideias e de padrões culturais, de modelos tecnológicos, de ações políticas etc. Seus atores são os indivíduos ou entidades cujas ações eventual ou permanentemente transcendem as fronteiras dos seus Estados. É claro que para a sociedade, e, sobretudo, para a política transnacional têm uma relevante importância as organizações constituídas para atuar permanentemente em um âmbito que ultrapassa as fronteiras dos Estados (companhias multinacionais, corporações eclesíásticas, associações sindicais,

forma, um descompasso entre as instituições políticas nacionais – e suas formas de controlar as ingerências – e as forças econômicas internas e externas.

Dito isso e avançando, contra esse pano de fundo, torna-se, então, necessário destacar duas consequências políticas fundamentais trazidas por José María Gómez:

a primeira diz respeito à figura do Estado-Nação e à convivência cada vez mais problemática que o contexto das transformações econômicas em curso gera entre a lógica do seu poder territorializado e a lógica do poder crescentemente desterritorializado do capitalismo globalizado. A segunda consequência política da globalização econômica a ser destacada refere-se à própria democracia liberal e ao potencial de democratização das sociedades contemporâneas.<sup>163</sup>

Nesse mesmo sentido, com Lenio Streck e Bolzan de Moraes, se faz necessário que se perceba que o espaço da democracia, justamente em razão de um “processo de desterritorialização e reterritorialização consecutório da complexidade das relações contemporâneas, se multiplica, não ficando mais restrito aos limites geográficos do Estado-Nação, mas incluindo o espaço internacional”.<sup>164</sup>

Portanto, devido ao processo de globalização, promovido também pelo dito neoliberalismo,<sup>165</sup> o paradigma do Estado-Nação entra em crise com as forças impulsionadoras das economias supranacionais ditando as políticas econômicas nacionais e

---

profissionais ou científicas, fundações internacionais etc.). Sendo assim, a sociedade transnacional é distinta da sociedade nacional, já que, transcende os limites das distintas sociedades nacionais, e é também distinta da sociedade internacional no sentido clássico do conceito (ou seja, sociedade interestatal). GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 134-135.

<sup>163</sup> GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 36.

<sup>164</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 131.

<sup>165</sup> Tal como explica António José Avelãs Nunes, a ideologia neoliberal aponta como uma sociedade a redução do estado ao *estado mínimo*. Mas não esconde que ele tem de ser suficientemente forte para realizar a privatização de todos os serviços públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação (eliminação) do poder dos sindicatos, a destruição do estado-providência. Só que esta lógica, que aponta para aniquilação do estado-nação, a paralisia da política, a morte da política econômica, constitui um perigo para a democracia. Sem entidades nacionais responsáveis, a quem podem pedir contas os cidadãos eleitores? A prestação de contas – que é a pedra de toque da democracia – só é exigível a quem tem meios para governar responsabilmente. O ideário liberal rejeita o objectivo de redução das desigualdades, em nome de um qualquer ideal de equidade e de justiça: as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como um *atentado contra a liberdade individual*. Neste domínio da filosofia social, o neoliberalismo exclui da esfera da responsabilidade do estado as questões atinentes à justiça social, negando, por isso, toda a legitimidade das políticas de redistribuição do rendimento, orientadas para o objectivo de reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca de mais equidade, de mais justiça social, de mais igualdade efectiva entre as pessoas. [...] Os neoliberais regressam ao velho mito individualista de que cabe a cada indivíduo (como seu *direito* e como seu *dever*) organizar a sua vida de modo a poder assumir, por si só, o *risco da existência* (o *risco da vida*) e acautelar a sua própria sobrevivência. NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 127-131.

refletem exatamente no papel funcional do Estado, o qual é destinado, na modernidade, de cumprir as promessas definidas pela sociedade.

Como já dizia José María Gómes no sentido de que, “não seria o ‘fim do Estado’, pois além de os Estados serem peças essenciais para o próprio avanço da globalização econômica”,<sup>166</sup> persistem diferenças notáveis nas situações econômicas nacionais e internacionais dos países, em função das tradições nacionais, relações de poder e modelos distintos de capitalismo.

Desta forma, é necessária a existência da figura do Estado no sentido que se possa dar continuidade à sua função e cumprimento para o qual foi proposto.

## 2.8 O Estado Democrático de Direito que (ainda) Constitui a Ação

Nessa perspectiva de Estado e Constituição, em nosso país, não há dúvida de que Direito – mais precisamente a Constituição brasileira – deve ser vista como instrumento de transformação social e concretização dos direitos e garantias fundamentais, ainda mais sob o fundamento de um Estado Democrático de Direito, cujos seus princípios, segundo Lenio Streck e Bolzan de Moraes são:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistemas de direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Divisão de Poderes ou de Funções; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e Certeza Jurídicas.<sup>167</sup>

Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado de Bem-Estar Social e, é nesse sentido que, ele é o *plus* normativo em relação do direito promovedor-intervencionista próprio do *Welfare State*,<sup>168</sup>

<sup>166</sup> GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 37.

<sup>167</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98-99.

<sup>168</sup> E, vale registrar, também, que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47.

onde a Constituição e o Constitucionalismo<sup>169</sup> é o *locus* privilegiado e fundante de garantias, limitação de poder, que respeita a dignidade da pessoa, a liberdade, a democracia, promove a igualdade, a cidadania e a justiça social como caráter do poder público à ordem democrática constitucional.

Caso é que, e deve-se deixar bem claro, como defendido por Bolzan de Moraes, a Constituição, como documento jurídico-histórico,

sempre esteve submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, em vez de este se constitucionalizar, como tem ocorrido, v.g., na história político-constitucional brasileira recente, quando se observa que o modelo Estado Constitucional, para além de sofrer os influxos de um processo de desterritorialização do poder, o que implica, enquanto o constitucionalismo permanece caudatário da ideia de Estado (Nacional), a perda/desaparecimento de seu lugar referencial, sofre, também, de uma política de ‘colonização econômica’, restando à mercê de resultados positivos da balança comercial ou do afastamento de limites impeditivos à atuação dos agentes econômicos hegemônicos.<sup>170</sup>

Podemos deduzir das considerações anteriores, que os impactos transformadores da globalização atingiram em profundidade a cidadania democrática na sua dupla natureza, como modo de legitimação, integração social, *status* legal igualitário de direitos e garantias fundamentais esculpidas nas Constituições, particularmente, na Carta Magna brasileira, e, simultaneamente, como identidade coletiva baseada na comunidade nacional de origem e destinatária desses direitos e garantias.

Assim, o cenário que parece presente é uma crise institucional e funcional (inclusive no campo do Direito) face à fragilização do próprio Estado que não consegue superar os influxos que o processo de globalização desenfreado impõe no mercado financeiro.

Nesse sentido, as Constituições e o próprio Constitucionalismo moderno são revisitados, sobretudo, quando desde o perfil mercadológico possui características do capitalismo financeiro globalizado.<sup>171</sup> Ditas nas palavras de Lenio Streck,

---

<sup>169</sup> Para J. J. Gomes Canotilho, o Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 51.

<sup>170</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 53.

o que tem se vislumbrado na prática é o reforço de uma determinada postura tendente ao esvaziamento da substancialidade dos textos constitucionais, na medida em que o prevalecimento da lógica mercantil e já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece.<sup>172</sup>

Nesses moldes, a desconcentração do poder a partir da tripartição estrutural em relação às atividades exclusivas do Estado (legislativa-executiva-jurisdicional) instala-se o debate, com Bolzan de Moraes, quando explicita “a ascensão da função jurisdicional ante o crescimento do papel da jurisdição constitucional, cujo contexto se passou a nomear como judicialização da política”.<sup>173</sup>

Indo direto ao assunto, de como nem tudo está perdido, a Constituição – ainda – constitui, muito embora as crises do Estado, – e porque não dizer também as crises da Constituição –, como bem observa Lenio Streck, “o Estado altera suas regras e feições num jogo combinado de influências externas e realidades internas. Mas não há apenas um caminho e este não é obrigatoriamente o da passividade” e, por conseguinte,

não é verdade que a globalização impeça a constituição de um projeto nacional. Sem isso, os governos ficam à mercê das exigências externas, por mais descabidas que sejam. Este parece ser o caso do Brasil. Cremos, todavia, que sempre é tempo de corrigir os rumos equivocados e, mesmo num mundo globalizado, fazer triunfar os interesses da nação. Há que se ter claro, assim, que em países com o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social dever ser o Estado, isto porque não há maior dificuldade em compreender a equação exurgente do fato de que as políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua própria natureza.<sup>174</sup>

Nessa altura, o ordenamento constitucional brasileiro aponta justamente para um Estado prestacional naquilo que foi proclamado Estado Democrático de Direito representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da

<sup>172</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 67.

<sup>173</sup> É nesse contexto que ganha sentido discutir a judicialização da política como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar – não apenas o mal-estar da civilização que falava Sigmund Freud, mas de um mal-estar na civilização (no projeto civilizatório moderno) – seja por seus desvios, seja como consequência de suas crises ensejadoras de sua fragilização, desestruturação, incapacidade, seja, ainda, por seus próprios limites, decorrentes da fórmula que está na sua base, a qual traz uma tentativa de colagem entre a política e inclusão (democracia social) e economia de exclusão (capitalismo). [...] E é exatamente do tensionamento entre o projeto político-constitucional x projeto político-econômico x condições político-econômico-sociais *x desenho* característico do Estado Social que subjaz à fórmula do Estado contemporâneo que emerge esta situação. Ver a respeito em: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-61.

<sup>174</sup> STRECK, op.cit., p. 73.

Constituição – “do resgate das promessas da modernidade, que, da mesma forma, apontará para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social)”.<sup>175</sup>

E é nesse ambiente que Bolzan de Moraes afirma emergir um confronto de interesses que deságua exatamente na jurisdição, que se torna o grande ambiente – o que ele chama de o espaço privilegiado – de disputa e definição política da atualidade, embora tal não se possa dar com a ultrapassagem de seus próprios limites – como função de Estado – no sentido de fazer valer para todos os compromissos e as promessas constitucionais.<sup>176</sup>

Nesses termos, uma vez constitucionalizado o Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passar a ser o instrumento (condição de possibilidade) para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais individuais e, sobretudo, os direitos sociais a fim de atender os preceitos e princípios consagrados na Constituição.

Para François Ost, “a Constituição no sentido aristotélico de *politeia*, de organização consuetudinária da sociedade, produz tradição, história e experiência, mais reflexo da natureza das coisas do que produção deliberada da razão legislativa”.<sup>177</sup> A Constituição assume um papel de destaque, para Lenio Streck, como “norma diretiva e fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais”,<sup>178</sup> ou seja, a Constituição como norma fundamental ligada a ideia de garantia.

Portanto, o eixo central do debate pode estar no deslocamento do polo de tensão relacionado à clássica separação de poderes, como acima mencionado, onde a Jurisdição, amparada constitucionalmente, abre novas possibilidades de concretização das promessas até, então, incumpridas.

Com isso, a constitucionalização,<sup>179</sup> construída sob a estrutura dos princípios democráticos,<sup>180</sup> ganhou relevância estritamente em relação aos direitos sociais corporificados

<sup>175</sup> Ver em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

<sup>176</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61.

<sup>177</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999. p. 267.

<sup>178</sup> STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 101.

<sup>179</sup> Cf. Canotilho, designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculantee* não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 378.

como direitos fundamentais que infligem, não apenas ao poder estatal obrigações de proteger, mas, principalmente de efetivar uma vida digna ao ser humano na busca concreta de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, Jorge Miranda observa que:

O Estado de direito democrático traduz a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria, mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição, com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder.<sup>181</sup>

A construção para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais, na perspectiva de um Estado Democrático, impõe-se obrigações aos poderes públicos à tutela dos direitos individuais e sociais que garantam as desigualdades da sociedade que, segundo Bolzan de Moraes afirma:

A ‘(re)constitucionalização’ brasileira passando pela elaboração e promulgação da Carta Cidadã de 1988 pretendeu inaugurar uma nova fase. Um período no qual, com a instauração simbólica do Estado Democrático de Direito (art. 1º) dá-se centralidade à construção de uma nova cidadania alicerçada na tríade liberdade-igualdade-solidariedade, com o projeto de recompor o tempo perdido, (art. 3º) cujo ator principal seria este ‘novo homem (cidadão solidário)’ assumido como origem e destino da ação estatal ‘dirigida’ por este ‘neoconstitucionalismo’, marca da segunda metade do século XX na tradição ocidental. Esta ‘nova’ ordem traz como marca tatuada geneticamente em sua fórmula política (EDD) a dignidade da pessoa humana como origem e destino da ação estatal. E esta vem umbilicalmente ligada à ideia de ‘qualidade de vida’ que agrega substância às políticas e conteúdos das ações estatais voltadas para o resgate das ‘dívidas’ e para alicerçar a transformação do futuro’.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Segundo Jaques Chevallier, o monopólio que se reputava que os representantes detinham sobre a coisa pública tornou-se doravante caduco: a eleição não parece mais como a única fonte possível de legitimidade; outras categorias de atores são chamadas a contribuir na elaboração das escolhas coletiva. Desse modo, assiste-se à introdução no terreno político de novas formas organizadas de representação da “opinião” e à emergência de novos modos de expressão dos interesses sociais, que desdobram da lógica representativa tradicional. O Estado tende a se abrir, a de desbloquear, para admitir a expressão em seu seio da diversidade constitutiva do social; ele se torna um espaço de discussão, em lugar de negociação, marcado pela indeterminação e a incerteza típicas da pós-modernidade. A democracia pós-moderna apresenta-se então como uma “democracia deliberativa”, implicando a confrontação de pontos de vista, e como uma “democracia participativa”, dando aos cidadãos uma influência mais direta sobre a elaboração das escolhas. Ver em: CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 223-224.

<sup>181</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2000. p. 210.

<sup>182</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

Ou seja, é preciso olhar esse (novo) modelo de Estado e a Constituição como criadores de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma nova compreensão do Direito que ofereça justamente a prática da democracia e a materialização dos Direitos Humanos Fundamentais.<sup>183</sup>

No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não haver dúvidas de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas constituições: “seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-à-ação do Estado”.<sup>184</sup>

Assim, neste contexto, os princípios constitucionais passam a prevalecer incidindo sobre o ordenamento e imediata aplicação, os quais deverão ser observados pela jurisdição constitucional. Esse reconhecimento do papel da justiça constitucional, para Lenio Streck, “torna indispensável reconhecer a necessidade da intervenção de um poder (no caso, o Judiciário), mediante o instrumento de controle de constitucionalidade”.<sup>185</sup>

Significa dizer que a realização dos direitos individuais e sociais fundamentais são intimamente ligados/conectados noção de Estado Democrático de Direito. Mais do que isso,

o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>186</sup>

E com o Brasil, no mesmo sentido, não foi diferente. Os direitos fundamentais (tanto no viés individual quanto no viés social) gozam de uma especial proteção na Constituição de 1988, fruto da evolução e de um amadurecimento da própria sociedade que saiu viva de disputas e conflitos conseguindo seu reconhecimento político-social, mas, como bem lembra

---

<sup>183</sup> A democracia realmente cria essa oportunidade, que está relacionada tanto à sua importância instrumental com o seu “papel construtivo”. Mas a força com que as oportunidades são aproveitadas depende de vários fatores, como vigor da política multipartidária e o dinamismo dos argumentos morais e da formação de valores e princípios. Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidades sociais (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais. A realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática fundamentalmente importante nas contribuições que podemos esperar dos direitos civis e das liberdades políticas. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 205- 209.

<sup>184</sup> Cf. explicita STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 103.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 148.

Bolzan de Moraes, se faz necessário e, principalmente, imprescindível, dar-lhes eficácia jurídica e efetividade prática.

A norma fundamental como garantia dos direitos fundamentais, conjugados no princípio constitucional da dignidade da pessoa, o qual deve ser pautado pela atividade e atuação do Estado Democrático (Social) de Direito, além, é claro, de seu caráter universal, é confrontado diretamente à complexidade provocada pela globalização econômica. Nessa esteira, Antonio Manuel Peña Freire leciona que:

La relación de los derechos fundamentales con los elementos externos, determina las funciones de aquéllos en el contexto constitucional al tiempo que parece exigir una plamición normativa específica a fin de que el derecho pueda afrontar los cometidos y condicionantes axiológicos descritos y afectar a todo el ordenamiento y a la actividad del Estado. Las funciones axiológicas de los derechos fundamentales y su doble naturaleza – externa, como fenómenos de expresión de los valores definitorios de la centralidad de la persona e interna, como elementos jurídicos que pretenden garantizar estos valores – justifican el análisis que sigue en la medida en que el mismo no sería posible si admitiéramos que a las normas constitucionales, y particularmente a aquellas referidas a los derechos fundamentales, les son de aplicación los mismos criterios hermenéuticos que al resto de las normas del ordenamiento y que cualquier cesión a criterios flexibles o valorativos constituye una práctica de carácter filosófico o moral pero no jurídica.<sup>187</sup>

De toda forma, a globalização também envolve aspectos positivos no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais,<sup>188</sup> vez que, dita nas palavras de Joseph E. Stiglitz, “o problema não está na globalização, mas na maneira como ela foi gerida”<sup>189</sup> e, com isso, o ente público estatal, mais do que nunca, deve concretizar os direitos fundamentais.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 111.

<sup>188</sup> A globalização se apoia, sobre a difusão de um conjunto de representações, constitutivas de uma verdadeira ideologia: o postulado de caráter benéfico de uma globalização que aproveita a todos os indivíduos, enquanto vetor de crescimento e de desenvolvimento; a afirmação que conviria deixar operarem os mecanismos de mercado, os únicos capazes de assegurar o ótimo econômico e social; a convicção mais profunda na superioridade do modo de produção capitalista, que estava em vias de se estender ao planeta em seu todo. Assim o fazendo, a ideologizada globalização se inscrevia, no final das contas, na linha direta do sistema de crenças inerentes à modernidade e, especialmente, aderida ao culto da Razão e do Progresso; no entanto, a desagregação dessas crenças ao início da pós-modernidade impregnava tal ideologia de uma evidente fragilidade. A globalização era geradora também de injustiças e de desigualdades, notadamente em prejuízos dos países pobres, e ela comportava uma face sombria que era impossível de ignorar. [...] O Estado parece, a partir de então, reencontrar a função de asseguramento coletivo que é tradicionalmente a sua, sendo chamado a desempenhar novamente um papel ativo na economia. Ver a respeito em: CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280-281.

<sup>189</sup> Parte do problema está nas instituições econômicas internacionais, no Fundo Monetário Internacional, no Banco Mundial e na Organização Mundial do Comércio, que ajudam a estabelecer as regras do jogo. Essas instituições atuam de tal maneira que, com frequência, acabam servindo aos interesses dos países mais avançados – e a interesses particulares de alguns indivíduos nesses países –, em detrimento dos interesses do mundo em desenvolvimento. Mas não é apenas que tenham servido a esses interesses: muitas vezes, abordam a globalização a partir de mentalidades especialmente estreitas, moldadas por um ponto de vista particular

Claro, aqui cabe a seguinte observação: enquanto a globalização for apresentada de maneira agressiva econômica e financeiramente, ela representará uma privação de direitos e haverá sem dúvida nenhuma resistência por parte, em especial, daqueles que estão sendo privados de seus direitos fundamentais.<sup>191</sup>

Mais especificamente, considerando a minimização da soberania de poder do Estado Moderno, face ao capital financeiro transnacional, em mundo cada vez mais globalizado, pela experiência política e histórica, os atores jurídicos precisam buscar meios necessários que salvaguardem a eficácia dos direitos humanos, assentados nas garantias constitucionais de caráter fundamental do Constitucionalismo Contemporâneo,<sup>192</sup> sob à égide do Estado Democrático de Direito que aponta estratégias a serem enfrentadas ao processo de globalização dominadas pelo capitalismo financeiro.

Essas premissas, colocam a Constituição em choque às próprias crises do Estado Contemporâneo, tanto no seu aspecto conceitual (questão de soberania), quando no seu aspecto estrutural (econômico), mas a ideia de direito fundamentais como trunfos contra maioria não é mera exigência política, ou uma construção teórica artificial. Ela é também uma exigência do reconhecimento da força da Constituição, da necessidade de levar este

---

acerca da economia e da sociedade. STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. Trad. Balzán Tecnologia e Linguística. 4. ed. São Paulo: 2002. p. 263.

<sup>190</sup> Para Bolzan de Moraes, deve-se pensar em uma vertente de concretização pelo Estado, ou seja, é de verificar-se o papel do Estado para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o Máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios. Por evidente que a ação pública estatal deverá incluir não apenas o reconhecimento em nível legislativo expresso ou implícito – através de uma cláusula constitucional aberta (vide art. 5º da CF/88) ou mesmo de valores decorrentes, não expressos, da principiologia adotada – que, como visto, tem serventia fundamental, embora não suficiente, no âmbito das liberdades negativas, mas é desde logo insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – ditas liberdades positivas –, como uma produção legislativa ordinária de caráter implementante de norma superior. Cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 99.

<sup>191</sup> Conforme explicitado por STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. Trad. Balzán Tecnologia e Linguística. 4. ed. São Paulo: 2002. p. 299.

<sup>192</sup> Constitucionalismo Contemporâneo o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*. Também é importante consignar que a ideia de um *neoconstitucionalismo* poder dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período à Segunda Guerra Mundial. Nessa medida, pode-se de dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na era da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Ver a respeito STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

documento jurídico-político a sério: “por maioritários que sejam os poderes constituídos não podem por em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”.<sup>193</sup>

De outra parte, além da atividade da jurisdição constitucional de estar submetido e comprometido como principal intérprete da Constituição, despontando meios de possibilidade de concretização para a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, o qual deve buscar reduzir as desigualdades sociais e pacificar a sociedade num todo, para Lenio Streck,

a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É nesse liame indissociável que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>194</sup>

É por esse motivo que no Estado Democrático de Direito a transferência do foco de conflito social passa para o Poder Judiciário que assume o papel transformador do *status quo* e implementador de uma igualdade substancial, “com forte atuação democrática dos cidadãos, visto que especialmente nos países de modernidade tardia o Estado Social não passou de um simulacro”.<sup>195</sup>

Dentro desse viés constitucional da contemporaneidade, pensando – ainda – na questão da concretização dos direitos humanos, de acordo com Bolzan de Moraes, a importância da concretização desses direitos fundamentais pela sociedade, a ser pensada a partir de uma dupla via:

Na primeira, através de *pretensões dirigidas à autoridade pública estatal*, buscando fazê-lo valer desde alguma estratégia positivo/prestacional ou negativa – na dependência do conteúdo da pretensão – por parte do Estado, de suas funções, de suas agências ou agentes, vinculando-a, de regra, à ação executiva do Estado. Na segunda, poder-se-ia supor um processo de autonomização social – o que não significa adoção de uma matriz (neo) liberal/capitalista – que conduzisse a uma apropriação coletiva da incumbências necessárias à efetivação de tais conteúdos.

Tal efetivação dar-se-ia, então, a partir de um comprometimento coletivo pelo bem-estar comum, desde a assunção de tarefas sociais no próprio

<sup>193</sup> Ver em: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 36.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 35, n. 95, p. 51, 2002.

<sup>195</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Estudos sobre (neo)constitucionalismo*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 19.

âmbito da sociedade e pelos atores os mais diversos, independizando-se de amarras, muitas vezes, intransponíveis, próprias às características estruturais do Estado Contemporâneo, como Estado do Bem-Estar em suas diversas experimentações práticas.<sup>196</sup>

Esta interligação transformadora estrutural do Direito, especificadamente o Constitucionalismo, bem como as mudanças significativas tanto no individualismo como no coletivismo, serão os aportes do presente estudo: demonstrar como a estruturação interpretativa do Direito, a partir de uma filtragem hermenêutica, mostrou-se fundamental uma nova postura do interprete/aplicador do (desse) Direito.

Por essas e outras razões, sem perder o foco, é que se desenvolve um novo conceito ideal político e, para tanto, recorre-se ao texto de Lenio Streck e Bolzan de Moraes que “na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”.<sup>197</sup>

Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito mais de que uma continuidade aos modelos anteriores passa ser *locus* privilegiado e promovedor de justiça social, uma vez que a Constituição e o Poder Judiciário possuem um papel de extrema relevância para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, cuja função consiste numa ruptura formal e materialmente, explicadas por Streck e Bolzan, no sentido de que “a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade, aponta para o resgate das promessas incumpridas da modernidade”.<sup>198</sup>

Bem, por isso, o Estado Democrático (Social) de Direito prescinde de todo o contexto Constitucional da Contemporaneidade, principalmente, como parâmetro de vida social democrática que vise a garantir a participação política, a dignidade da pessoa e o bem (estar) social, e o Poder Judiciário, mais do que nunca, deve estar atento a todas essas mudanças paradigmáticas e colocar na prática – sem qualquer caráter individualista – os princípios esculpidos na Constituição.

---

<sup>196</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 103.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 104.

### 3 A CIRCULARIDADE HERMENÊUTICA E A VIRAGEM ONTOLÓGICA LINGUÍSTICA

Estado, Constituição e Processo, a partir de uma evolução histórica como abordado no capítulo anterior, aponta para um novo paradigma assentado na união de duas premissas essenciais do Estado Democrático de Direito: democracia e direitos fundamentais. Não há como negar: a ideia de que a Constituição (ainda) constitui a ação do Estado e o processo como instrumentalizador de concretização desses Direitos, o estudo da linguagem, mais especificamente, voltada para decisão judicial, deve ser considerado o ponto de partida (ou de chegada) da hermenêutica que transforma os patamares históricos e sociais que cada vez mais se intensifica no sentido desvelador do Estado Constitucional. Afinal de contas, como leciona Lenio Streck o Direito é, assim, “um fenômeno linguístico, cujas relações de poder estarão condicionadas às possibilidades de nosso processo de inserção nesse universo hermenêutico-linguístico”.<sup>199</sup>

A linguagem, nas suas mais variadas fases históricas, foi um o fator essencial e presente em diferentes épocas, não apenas como um instrumento de comunicação, mas também como integrante do próprio pensamento e conhecimento da humanidade, a qual possui, diga-se de passagem, um papel estritamente fundamental tanto no campo filosófico, como também nos campos hermenêutico, político e jurídico. Precisamente no campo filosófico a linguagem andou e sempre marcou sua presença, além de ter conquistado um grande espaço e contribuído campo do Direito. A interpretação do direito sempre percorreu com seus problemas e diferenças, principalmente, entre os pensamentos positivistas legalistas e normativistas que atravessaram fronteiras opondo obstáculos ao neoconstitucionalismo, ou melhor dizendo, atualmente, nominado de Constitucionalismo Contemporâneo.<sup>200</sup> Especialmente, no século XX, surge a grande conquista da filosofia hermenêutica desenvolvida por Martin Heidegger, e da hermenêutica filosófica proposta por Hans-Georg Gadamer que contribuíram de maneira significativa para o giro linguístico-ontológico, as quais foram lançadas para dentro da hermenêutica jurídica e trazidas, pioneiramente, para o campo jurídico brasileiro por Lenio Luiz Streck que defende, veementemente, e de forma brilhante, à discricionariedade e arbitrariedade das decisões judiciais.

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

<sup>200</sup> Ver a respeito STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

### 3.1 O Preâmbulo da Linguagem Filosófica: de Crátilo à metafísica

Ora, a linguagem foi (e é) um dos principais meios que nos permitiu(e) transcender a nossa experiência como ser no mundo, construiu o passado e dominou o mundo. É através da linguagem que o mundo é dominado. Segundo Ernildo Stein, “não se trata a linguagem como objeto, mas utiliza-se a linguagem como uma espécie de caminho pela qual se realiza a própria filosofia”.<sup>201</sup>

O escrito mais tardio que a tradição nos levou em nossa cultura ocidental com reflexão sobre a linguagem ou, para usar uma expressão de hoje, como crítica da linguagem é precisamente o *Crátilo*, de Platão, escrito presumivelmente no ano 388 a.C.<sup>202</sup> E aqui é preciso ter presente a importância da discussão dialética-semântica-tradicional ocorrida entre Sócrates, Hermógenes e Crátilo, a qual se destaca pelas grandes questões linguísticas e filosóficas, precisamente, para o conhecimento humano no sentido de que a palavra significava apenas o nome, não representando, assim, tão somente o verdadeiro ser.<sup>203</sup>

Desta forma, de antemão, pode-se fazer a seguinte indagação: qual é a relação entre a palavra e a coisa? Como é que o sentido surge? Para Lenio Streck:

Crátilo é um tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, um discussão crítica sobre a linguagem. São contrapostas duas teses/posições sobre a semântica: o naturalismo, pelo qual cada coisa tem nome por natureza (*o logos está na physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pelo qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas.<sup>204</sup>

Por amor ao debate e por oportuno, vale transcrever um trecho do diálogo travado no *Crátilo*, onde, em síntese, Hermógenes faz a seguinte pontuação:

<sup>201</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 11.

<sup>202</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 17.

<sup>203</sup> Além de Sócrates, há mais dois personagens: Hermógenes, que representa os sofistas, e Crátilo, que representa Heráclito (pré-socrático que, justamente com Parmênides, inaugura a discussão acerca do “ser e pensar”, e do *logos* superando o *mythos*). Crátilo pode ser considerado o primeiro que problematizou a filosofia da linguagem. Platão, pela boca de Sócrates, contrapõe dialeticamente duas teses: o naturalismo, pela qual cada coisa tem nome por natureza (*o logos está na physis*), tese defendida por Crátilo, e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11.

<sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 151.

[...] Cá está Sócrates. Queres que lhe comuniquemos o objeto da nossa discussão?

*Crátilo*. Como entenderes.

*Hermógenes*. Este nosso Crátilo, Sócrates, opina que existe, *naturalmente*, um designação justa para cada um dos seres; e que seu nome não é aquele por que alguns *convencionalmente* os designam, servindo-se de uma parcela de sua *linguagem*; ao contrário, segundo ele, existe naturalmente, tanto para os Gregos como para Bárbaros, uma justeza de designação idêntica para todos.<sup>205</sup>

Ou seja, para a tese convencionalista a justeza ou correção dos nomes apresenta como atributo de mera convenção ou acordo. Em contrapartida, a tese defendida por Crátilo, o naturalismo admite uma correção dos nomes por natureza atribuídos a cada um dos seres.<sup>206</sup> Nessa mesma seara de raciocínio, Manfredo Araujo de Oliveira preconiza:

Trava-se aqui uma disputa entre duas posições que na história da semântica receberam o nome de naturalismo, segundo o qual cada coisa tem o nome por natureza (*physei*), posição no diálogo por Crátilos, e o convencionalismo, para quem a significação é fruto de convenção e do uso da linguagem, posição aqui defendida por Hermógenes.<sup>207</sup>

Em Crátilo, Platão aborda uma grande característica e de suma importância para a linguagem, qual seja: a exposição da teoria da justeza dos nomes,<sup>208</sup> como ponto de apoio dialético daquilo que foi compreendido, e da possibilidade de adequação do modo do som ao modo da realidade que, segundo Manfredo Araujo de Oliveira,

Platão não defende aqui, por exemplo, um naturalismo extremado, que chegasse a admitir a possibilidade de descobrir a significação de uma palavra na própria forma do som, o que evidentemente é um absurdo, pois, por exemplo, nesse caso poderíamos compreender imediatamente línguas estrangeiras. O que Platão concede, aqui, é que há certa afinidade natural, ou pelo menos deve haver, entre o som e sua significação. Platão sabe que tais

<sup>205</sup> PLATÃO. *Crátilo*: diálogo sobre a justeza dos nomes. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1994. p. 5.

<sup>206</sup> Exposição do *Crátilo*: quando *Sócrates* entra cena, já *Crátilo* e *Hermógenes* estão discutindo acerca da justeza dos nomes. *Crátilo* defende que estes foram estabelecidos em conformidade com a natureza das coisas; *Hermógenes*, de seu lado, considera o resultado de uma convenção. *Sócrates* é quem vai tentar decidir. *Ibid.*, p. xcii.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 18.

<sup>208</sup> No *Crátilo*, para discutir a questão relacionada à justeza dos nomes, Sócrates toma como modelo a atividade do artesão, no qual há uma finalidade própria a cada coisa e a cada ação e que, analogamente aos instrumentos adequados a cada atividade artesanal, há também um responsável pelo estabelecimento dos nomes para coisas, o *nomoteta* (onomaturgo), o sábio legislador (espécie de fala autorizada...): “Nem todo o homem é capaz de estabelecer um nome, mas apenas um artista de nomes; e este é o legislador, o mais raro dos artistas entre os homens”. Mas o *nomoteta* não nomeia as coisas arbitrariamente. Para exercer sua atividade, ele se guia por um modelo ideal, pois parece haver uma certa exatidão natural de um nome em relação ao objeto. Ver em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153-154.

casos são raros e acentua, apresentando a tese naturalista, que as palavras não imitam propriamente sons, mas apresentam a essência das coisas. Uma palavra é justa, certa, na medida em que traz a coisa à apresentação, isto é, na medida em que é a apresentação da coisa.<sup>209</sup>

Para Platão, o ato de falar possui uma finalidade intrínseca de dizer algo sobre as coisas, cunho de um pensamento objetivista, onde as coisas possuem uma qualidade objetiva graças ao instrumento que é a ação de nomear e de usar este instrumento para distinguir a essência das coisas.<sup>210</sup> Portanto, na filosofia platônica, o que se percebe é uma força argumentativa na linguagem em busca de proposições verdadeiras e, através da dialética, criam-se critérios no sentido de formar enunciados e atribuir nomes na procura eficaz e lógica para dizer a essência das coisas.

De outra banda, na Metafísica de aristotélica –, também chamado de filosofia primeira–,<sup>211</sup> a sua questão fundamental é a problemática do ser enquanto ser. “Sua ‘primeira

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 18-19.

<sup>210</sup> Ora, *o falar sobre as coisas é também uma ação*, que realizamos com elas, razão pela qual não podemos agir arbitrariamente, mas temos de nos deixar reger pelas essências das coisas. Platão, contudo, não levou à frente essa percepção da linguagem, como ação, uma das teses fundamentais da lingüística atual, nem poderia, pois já a própria concepção do pensamento entre os gregos levava a outra dimensão. Para os gregos, o pensamento é concebido como uma espécie de visão, ou seja, a visão intelectual, a contemplação do verdadeiro. O olho do espírito era capaz de captar a *ordem objetiva*, a verdadeira ordem das coisas, e essa ordem percebida era, por sua vez, a medida, a *norma da retidão da linguagem*. A tarefa da linguagem consiste, pois, na expressão adequada da ordem objetiva das coisas. [...] Aqui está a *tese fundamental de Platão* e de toda a filosofia do Ocidente: ele pretende, com essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (*alétheia ton onton*) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (*aneu ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem mediação lingüística. A linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independentemente dela. O puro pensar, a contemplação das Idéias, é para Platão um diálogo sem palavras, da alma consigo mesma (*Sofista*, 263, d). A linguagem, não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma *função designativa*: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela. Sua tese fundamental é a distinção radical entre o pensamento e linguagem, sendo esta reduzida a *expressão secundária* ou a um *instrumento (organon)* do pensamento. A linguagem é apenas instrumento de participação enquanto revelação e exposição (*lógos proforikós*) por meio dos sons daquilo que foi compreendido. Cf. *Ibid.*, p. 17; 19-22.

<sup>211</sup> Conforme Wálber Araujo Carneiro, a filosofia primeira estará, portanto, relacionada a uma atitude meramente teórica e contemplativa, muito embora, essa afirmação tenha recebido uma interpretação equivocada, sendo necessário revisar o que se tornou opinião pública no mundo ocidental: “ócio e filosofia coexistem, sendo a primeira condição de possibilidade da segunda”. A questão está associada, em verdade, a uma relação entre o saber filosófico e as artes (*techné*), na medida em que o primeiro não está associado a uma utilidade específica, enquanto que as demais “aliviam as necessidades da vida”. Partindo de quatro passagens da Metafísica, Stein contextualiza o problema da origem da filosofia em Aristóteles em quatro questões: primeiro, ela é uma ciência que “brota de determinadas condições”; segundo, a filosofia se aproxima das outras ciências porque todas elas “tem um modo de proceder, um caminho”, ou seja, “um método”, sendo que a *filosofia primeira* se dirige “apenas ao conhecimento enquanto tal”; terceiro, esclarece que Aristóteles concebe a “tranquilidade” como condição de surgimento da filosofia, mas acrescenta que esse estado se dá apenas em “instantes fugazes”; por último e em quarto lugar, põe a filosofia que brota em breves momentos como um “privilegio de Deus”, muito embora seja uma ciência que convém ao homem.”. CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33.

filosofia’ objetiva estudar o ser das coisas (*ousia*), isto é, a sua essência”.<sup>212</sup> E, posteriormente, na época moderna, foi denominado de razão pura. Assim, a metafísica ultrapassa a física e transcende os objetos naturais a partir de sua causa material.<sup>213</sup> Os elementos primeiros do conhecimento devem ser extraídos da experiência humana, que constitui o nosso conhecimento sensível *a priori*, na busca por um fim universal, quando se pode referir a um fim particular sobre o real. Para Lenio Streck sua principal crítica à Platão, feita na metafísica, “referia-se à questão do dualismo, representada pela teoria das ideias, a partir da dificuldade que via na equação da relação entre o mundo inteligível e o sensível (material)”.<sup>214</sup>

No terreno do discurso humano, Aristóteles apresenta categorias de análise dos elementos do discurso, de análise do juízo e das proposições, de análise do raciocínio formal através do silogismo e de análise da argumentação em geral. Na ótica de Manfredo Araujo de Oliveira,

Aristóteles não se afasta do ‘*campo comum*’ da reflexão da tradição. Pelo contrário, sua crítica se situa permanentemente, tendo consciência disso e de suas conseqüências ou não, no plano próprio onde emergiu a reflexão grega, que é o plano do discurso humano, da linguagem humana. Aqui já se manifesta uma primeira diferença com Platão que, passando pela crítica da linguagem, vai terminar ultrapassando-a como modo secundário do conhecimento do real. Aristóteles, embora sem consciência plena do que isso significa, reflete sempre no *horizonte da linguagem*. Aristóteles vai, pois, levar a sério a tarefa de fundamentação do discurso racional, da ciência e da filosofia, destruídos em sua possibilitação pelas teorias sofistas da linguagem.<sup>215</sup>

De sorte que, Aristóteles rompe o liame entre a palavra e a coisa, ou seja, procurar distanciar a linguagem do ser e, ao mesmo tempo, tenta produzir relação entre ambos. Um verdadeiro paradoxo.<sup>216</sup> Nas palavras de Lenio Streck,

<sup>212</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 157.

<sup>213</sup> Dito de outro modo – e para facilitar a compreensão da problemática da história da filosofia – é possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência). A metafísica foi entendida e projetada como ciência por Aristóteles e a ciência primeira no sentido que fornece a todas as outras o fundamento comum, isto é, o objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais todas dependem. Para aquilo que aqui interessa, a metafísica é entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres do ser: aquilo sem o qual algo não é, se refere às determinações necessárias do ser. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

<sup>214</sup> STRECK, op. cit., p. 156.

<sup>215</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 26.

<sup>216</sup> A linguagem, para Aristóteles, não é a imagem, reprodução real, mas seu símbolo. Partindo daí, pode-se dizer que a linguagem não manifesta o real, mas o significa, isto é, ela não é um instrumento natural da designação, mas apenas convencional. [...] O que garante à palavra *cão* uma significação una é o mesmo que fazer o cão ser cão. Numa palavra, a *permanência da essência* é pressuposta como *fundamento da unidade de sentido*: é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido. A análise dos fundamentos da linguagem desemboca assim uma *ontologia*, pois, em última análise, é a unidade do que é que legitima a unidade de significação. Por isso o princípio não só lógico, mas ontológico de contradição é condição de possibilidade da

a linguagem não manifesta, mas significa coisas. A palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação. A questão está na *adequatio*, é dizer, na conformidade entre linguagem e o ser. *Pressupõe uma ontologia. Ou seja, Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência.* Há uma unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras que recebe de Aristóteles o nome de essência ou aquilo que é. É a essência das coisas que confere às palavras a possibilidade de sentido.<sup>217</sup>

Enfim, resumidamente, a metafísica em Aristóteles tem como fundamento precípua a “essências das coisas” como condição de possibilidade da comunicação, isto é, uma espécie instrumental da linguagem humana.<sup>218</sup>

### 3.2 A Importância da Linguagem em Ludwig Wittgenstein e o Caminho da Viragem Linguística

Evidentemente, a superação da concepção tradicional da linguagem enquanto “instrumento”, como simples meio expressivo do pensamento pré-linguístico, ela é considerada como elemento constitutivo do conhecimento e, nessa perspectiva, como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência quanto da intersubjetividade da comunicação. Essa nova concepção de linguagem conduz a uma necessária separação estrita entre o transcendental e o empírico, entre o *a priori* e o *a posteriori*. O estímulo para o chamado giro linguístico, não é por acaso, a crítica à razão pura kantiana desenvolvida por

---

linguagem humana. Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 31.

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 158.

<sup>218</sup> De forma resumida, pode-se dizer que a Metafísica foi entendida e projetada como ciência por Aristóteles e é a ciência primeira no sentido que fornece a todas as outras o fundamento comum, isto é, objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais todas dependem. A Metafísica é a ciência que tem como objeto próprio o objeto comum de todas as outras e como princípio próprio um princípio que condiciona a validade de todos os outros. Na sua história, a Metafísica se apresentou sob três formas fundamentais diferentes, que são: 1 – Metafísica como teologia; 2 – como ontologia e 3 – como gnosiologia. 1 – Na primeira a M. se apresenta como “*ciência daquilo que está além da experiência*”. Implica reconhecer como objeto da Metafísica o ser mais alto e perfeito da qual dependem todos os outros seres e coisas do mundo. É o que Aristóteles chama de “*algo eterno, de imóvel e de separado*” (Met. VI, 1, 1026 a). 2 – A segunda é a ontologia ou doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é, se refere às determinações necessárias do ser. Estas determinações estão presentes em todas as formas e maneiras de ser particular. É um saber que precede todos os outros e é por isso ciência primeira enquanto seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e enquanto, conseqüentemente, o seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios. 3 – O terceiro conceito da Metafísica como gnosiologia é expresso por Kant resgatando Bacon na sua *filosofia primeira*: “*uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e constitua no processo das doutrinas a parte do caminho comum antes que o caminho se separem e se desunam*”. Para Kant, a Metafísica é o estudo daquelas formas ou princípios cognoscitivos que, por serem constituintes da razão humana, condicionam todo o saber e toda ciência e de cujo exame, portanto, se podem extrair os princípios gerais de cada ciência. *Ibid.*, p. 159-160.

Johann Georg Hamann, Johan Gotfried Herder e Wilhelm von Humboldt inaugura a tradição do pensamento sob a rubrica da virada linguística como uma análise profunda e decisiva da concepção de linguagem vigente em quase toda a história da filosofia e propunham uma nova maneira de conceber as relações entre pensamento, razão e linguagem.<sup>219</sup>

Dito isto e avançando, o rompimento com a visão tradicional da filosofia vem estampado nos ensinamentos de Ludwig Wittgenstein que via o mundo como um mero

---

<sup>219</sup> Tão importantes são tais autores que Cristina Lafont os coloca como *precursores do rompimento com o paradigma instituído da filosofia da consciência*. Ou seja, no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática, representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Desse modo, Lafont considera que a crítica de Hamann a Kant pode ser considerada, de forma retrospectiva, como o núcleo dessa mudança de paradigma (filosofia da consciência para a filosofia da linguagem). A começar pelo fato de que Hamann não coloca a linguagem como sendo uma significação acessória para algo previamente conhecido e pensado. Hamann localizou na linguagem a raiz comum do entendimento e da sensibilidade buscada por Kant e com e isso conferiu à linguagem uma dimensão empírica e transcendental. É justamente esse passo que converte a linguagem em uma instância que entra em competência com o Eu transcendental, na medida em que agora devem reclamar-se para a linguagem idênticas funções constitutivas do mundo. Daí que a autora assevera que os aspectos filosoficamente relevantes desse “giro linguístico” podem ser assim detalhados: por uma parte, como consequência da superação da concepção de linguagem em sua dimensão constitutiva tanto para o pensamento como o conhecimento, a linguagem é vista como condição de possibilidade tanto a objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação. Por outro lado, essa superação (das premissas centrais da filosofia transcendental) se obtém precisamente ao preço de uma destrancendentalização, uma vez que as linguagens históricas, que agora devem ser consideradas como constitutivas, não podem servir de equivalentes da “consciência em geral”, isto por duas razões: primeiro, porque tais linguagens aparecem sempre em plural; e, segundo, porque não permitem nenhuma separação estrita entre o empírico e o transcendental (ou entre o que nelas deve ser considerado como válido a priori e aquilo que deve sê-lo a posteriori). Com Herder (*Metacrítica da crítica da razão pura*) intenta-se uma crítica a Kant, *no sentido de que a investigação transcendental kantiana das condições prévias da possibilidade de conhecimento objetivo não haviam avançado até a linguagem*, deixando de mostrar o acontecer da linguagem como condição de conhecimento de objetos, além de não ilustrar a origem e a essência da linguagem. Deste modo, Herder fundamenta a linguagem no sentimento, na experiência imediata que cria para si uma expressão. Entretanto, assim, tem-se somente o conteúdo, e não a forma, que é obra de reflexão, da consciência, mas de tal modo que ambos os elementos se compenetraram igualmente na origem e fazem brotar a linguagem como abertura do mundo. [...] Uma visão nova da linguagem aparece (ainda mais) evidente em Humboldt, que empreende uma luta por uma compreensão da unidade da vida da linguagem. Para ele, a linguagem é a unidade em oposição ao espírito individual e objetivo, porque certamente cada um fala o seu idioma, porém ao mesmo é introduzido pelo idioma em uma comunidade idiomática. Por outro lado, a linguagem constitui-se como unidade em oposição da dicotomia sujeito-objeto, isto porque não descobrimos o mundo nem seu sentido independentemente da linguagem, uma vez que propriamente as linguagens não são um meio para expor a verdade já conhecida, senão muito mais para descobrir a anteriormente desconhecida. Ou seja, com Humboldt – e observe-se a relevância disto no contexto em que surgiu – *a linguagem aparece como a condição de possibilidade de uma visão da totalidade do mundo*. A abstração e a análise de palavras e regras isoladas, como se faz na dissecação científica, nunca esclarecerá essa totalidade. Quando Humboldt afinal entende a linguagem como a síntese de matéria e forma, remonta a Kant, mas ao mesmo tempo o ultrapassa, isto porque Kant vira em todo o conhecimento uma síntese do múltiplo, a multiplicidade do conteúdo da intuição sensível é levada à unidade por ação espontânea do sujeito e pensada uma. Essa síntese kantiana é guiada e possibilitada por princípios apriorísticos da unidade, os conceitos puros de entendimento, surgidos da unidade transcendental do puro “eu penso”. Entretanto, se em Kant o conhecimento se consuma como síntese múltiplo, no juízo, Humboldt vê nele um evento linguístico, no qual uma determinação formal se junta à função significadora do conteúdo de um conceito, fazendo com que esse pensamento, transposto para determinada categoria de pensamento, ou seja, inserto em determinado contexto linguístico, refira-se ao todo da linguagem e por ela compreendido. Ver a respeito em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 183-185.

agregado de coisas que poderiam ser pensadas de modo independentes uma das outras. Tal visão não é incorreta, mas apenas incapaz de explicar qual a relação existente entre as coisas. Nesse sentido pode-se dizer que a questão fundamental permanece, ou seja, o interesse especial de Ludwig Wittgenstein pela linguagem e pelo pensamento.<sup>220</sup>

Segundo Wittgenstein, para que algo possa ter significado é preciso que apareça dentro de uma relação com outros objetos em um determinado estado de coisas. Estar ligado a um estado de coisas é, ao mesmo tempo, a condição para que um objeto possa aparecer e ser pensado. Os objetos contêm a possibilidade de ocorrência em vários estados de coisas onde na sua obra, *Tractatus Logico-Philosophicus*, sustenta que:

El objeto es simple. Cualquier enunciado sobre sus partes integrantes y en aquellas proposiciones que describen completamente los complejos. Los objetos forman la sustancia del mundo. Por eso no pueden ser compuestos. Si el mundo no tuviera sustancia alguna, el que una proposición tuviera sentido dependería de que otra proposición fuera verdadera. Sería entonces imposible pergeñar una figura del mundo (verdadera o falsa). Es manifiesto que por muy diferente del real que se piense un mundo ha de tener algo en común con él una forma. Lo que constituye esta forma fija son precisamente los objetos.<sup>221</sup>

A tese fundamental de Wittgenstein vem explicitada no sentido de que a linguagem figura o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa. Mas o que é o Mundo? “O é a totalidade dos fatos, não das coisas”. A categoria usada para a compreensão do mundo é a dos fatos em contraposição à da coisa. Pode-se também pensar o mundo como a totalidade das coisas, porém, e nisso consiste a afirmação de Wittgenstein, “tal afirmação é categorialmente inadequada, ou seja, é uma expressão inadequada da estrutura do mundo. Quando se pensa o mundo como a totalidade das coisas, então pense-se, em primeiro lugar, como uma totalidade de objetos”.<sup>222</sup>

Mais do que isso, o que determina a verdade ou falsidade está umbilicalmente conectada entre as palavras na proposição à conexão entre os objetos no mundo, isto é, deve haver uma identidade entre a estrutura das coisas e a estrutura lógica do pensamento

<sup>220</sup> Que é linguagem? Que é pensar? Qual a relação entre o falar e o pensar? Que faz de um sinal físico algo que significa? Em que sentido um sinal é expressão de um pensamento? Como se relaciona linguagem e pensamento real? São todas essas perguntas da semântica tradicional que retornam, de cheio, no pensamento de Wittgenstein, ao centro dos interesses. Sua intenção fundamental no *Tractatus* é estabelecer, com clareza, as fronteiras entre o que racionalmente pode ser dito e o disparte que deve ser evitado. Cf. OLIVEIRA, Manoel Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 95.

<sup>221</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. 3. ed. Madrid: Alianza, 2007. p. 51.

<sup>222</sup> Ver a respeito em: OLIVEIRA, op. cit., p. 96.

permitindo-se, assim, que a linguagem possa corresponder ao mundo e que ambos compartilhem da mesma forma/figura lógica. Dito de modo mais simples, a forma lógica é, portanto, a condição de possibilidade da afiguração.

É importante ter presente, para Ludwig Wittgenstein, não existe uma figura verdadeira *a priori*. E, mais:

La figura lógica de los hechos es el pensamiento. Un estado de cosas es pensable quiere decir: podemos hacernos una figura de él. La totalidad de los pensamientos verdaderos es una figura del mundo. El pensamiento contiene la posibilidad del estado de cosas que piensa. Lo que es pensable es también posible. No podemos pensar nada ilógico, porque de lo contrario tendríamos que pensar ilógicamente. Se dijo en otro tempo que Dios podría crearlo todo a excepción de cuanto fuera contrario a las leyes lógicas. De un mundo ilógico no podríamos, en rigor, decir qué aspecto tendría. Representar en le lenguaje algo que contradiga la lógica es cosa tan escasamente posible como representar en la geometria mediante sus coordenadas una figura que contradiga las leyes de espacio; o dar las coordenadas de un punto que no existe.<sup>223</sup>

Nessa perspectiva, não há espaço para o pensamento metafísico como “ser” ou como “essência”, pois não conferem um significado preciso no que diz respeito à construção das proposições, na medida em que, no pensamento wittgensteiniano, a linguagem é a totalidade das proposições que correspondem à uma figuração da realidade.<sup>224</sup>

E aqui cabe a advertência de Lenio Streck no sentido de que “o primeiro Wittgenstein pregava um isomorfismo, problemática ainda presente nas Súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal enquanto obstáculo de acesso à justiça”<sup>225</sup>, basta ventilar uma determinada Súmula para que a decisão judicial passe a ser válida e, diga-se de passagem, com efeito *erga omnes*. Apenas para fechar este tópico, “as Súmulas são uma metacondição de programação e

<sup>223</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. 3. ed. Madrid: Alianza, 2007. p. 56.

<sup>224</sup> *Los límites de mi lenguaje* significan los límites de mi mundo. La lógica llena el mundo; los límites del mundo son también sus límites. No podemos, por consiguiente, decir en lógica: em el mundo hay esto y esto, aquello no. En efecto, esto presupondría, aparentemente, que el caso, porque, de otro modo, la lógica tendría que rebasar los límites del mundo: si es que, efectivamente, pudiera contemplar tales límites también desde el otro lado. Lo que no podemos pensar no lo podemos pensar; así pues, tampoco podemos decir lo que podemos pensar. Esta observación ofrece la clave para resolver la cuestión de en qué medida es el solipsismo una verdad. [...] Em rigor, lo que el solipsismo entiende es plenamente correcto, sólo que eso no se puede decir, sino se muestra. Que el mundo es *mi* mundo se muestra en que los límites del lenguaje (del lenguaje que sólo yo entiendo) significan los límites de *mi* mundo. El mundo y la vida son una y la misma cosa. Yo soy mi mundo. El sujeto pensante, representante no existe. *Ibid.*, p. 112.

<sup>225</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 216.

reprogramação de sentido jurídico. Contudo, são também, condição de fechamento do sistema”.<sup>226</sup>

Voltando. Com efeito, Ludwig Wittgenstein concebia essa problemática filosófica pela falta da compreensão do funcionamento da linguagem, o qual submetia suas investigações à uma ordenação do nosso conhecimento linguístico que propiciasse uma essência da nossa linguagem. Para ele, a linguagem enquanto linguagem, levando em consideração acima de tudo o problema da significação, constituiu o problema central da teoria ocidental da linguagem humana.<sup>227</sup> Wittgenstein considerava que os problemas filosóficos estavam relacionados ao uso de perguntas, os quais não deveriam ser respondidos, justamente para evitar o dogmatismo que, na sua obra-prima da literatura alemã, professa:

23. Quantas espécies de frases existem? Afirmação, pergunta e comando, talvez? – há inúmeras de tais espécies: inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de ‘signo’, ‘palavras’, ‘frases’. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre; mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como poderíamos dizer, nascem e outros envelhecem e são esquecidos. O termo ‘*jogos de linguagem*’ deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida. 43. Pode-se, para uma grande classe de casos de utilização palavra ‘significação’ – se não para todos os casos de sua utilização –, explicá-la assim: a significação de uma palavra é seu uso na linguagem. E a significação de um nome elucida-se muitas vezes apontando para o seu portador.<sup>228</sup>

Na ótica de Manfredo Araújo de Oliveira, dentro de uma concepção instrumentalista da linguagem, reduzida a sua função designativa, afirma que:

Desde *o Crátilo* de Platão, a linguagem é considerada como instrumento secundário do conhecimento humano. O mundo conhecido reflete-se valendo-se das frases da linguagem. Há pois, uma relação entre a linguagem e mundo, realizada por meio do caráter designativo da linguagem: as palavras são significativas na medida em que designam objetos. Para saber que é a significação de uma palavra qualquer, temos de saber o que é por ela designado.<sup>229</sup>

Nas pegadas de Ludwig Wittgenstein, “cada palavra da linguagem designa algo; com isso ainda não é dito absolutamente nada; a menos que se esclareça exatamente qual a

<sup>226</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 512.

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 118.

<sup>228</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 18-28.

<sup>229</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 119.

diferença se deseja saber”. E, ainda, expressa: “representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida”.<sup>230</sup>

Agora, nessa segunda etapa filosófica de Wittgenstein, a linguagem é uma forma de comunicação e de determinação do significado de uma determinada palavra ou sentença que dependa de como é interpretada em diversos jogos de linguagem e, portanto, a linguagem não pode ser considerada de modo definitivo/objetificante. O significado não deve mais ser compreendido como algo fixo e determinado, isto é, como uma propriedade fixa que emana da palavra, mas, sim, como algo que a linguagem exerce sobre um contexto e objetivos específicos. Dito de outro modo, o significado pode variar dependendo do contexto em que as palavras são utilizadas e do propósito de seu respectivo uso.<sup>231</sup>

Certamente para Wittgenstein a linguagem exerce uma função contextualizada e com objetivos específicos, onde o significado não deve mais ser compreendido como algo certo, determinado, fixado ou definitivo (concepção pragmática analítica), mas como uma forma de comunicação linguística privada e, posteriormente, interpessoal.<sup>232</sup> Pode-se dizer que, com os

---

<sup>230</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 14-15.

<sup>231</sup> Ora, isto pode adquirir uma aparência tal, como se existisse algo semelhante a uma última análise das nossas formas de linguagem, portanto uma forma de expressão totalmente decomposta, isto é, como se nossas formas de expressão habituais fossem, essencialmente, ainda não analisadas, como se nelas estivesse algo oculto que se devesse trazer à luz. Se isto acontece, a expressão torna-se completamente clarificada e nossa tarefa resolvida. Isto se expressa na questão relativa à essência da linguagem, da proposição, do pensamento. Pois se, em nossa investigação, tentamos compreender também a essência da linguagem – sua função, sua estrutura –, não é porém a isso que visa esta questão. Pois não vê na essência algo que já é evidente e que se torna claro por meio de uma ordenação. Mas algo que se encontra abaixo da superfície. Algo que se encontra no interior, que vemos quando desvendamos a coisa e que uma análise deve evidenciar. A essência é oculta: esta é a forma que a toma agora nosso problema: o que é linguagem? O que é proposição? Pensar deve ser algo único. Quando dizemos ou achamos que algo está deste ou daquele modo, não nos detemos num ponto qualquer, com aquilo que achamos, diante do fato: mas achamos que isto e aquilo está deste ou daquele modo. Mas pode-se expressar este paradoxo também assim: pode-se pensar o que não ocorre. À ilusão particular de que se fala aqui, vêm-se juntar outras, de diferentes lados. O pensamento, a linguagem aparecem-nos como único correlato, a única imagem do mundo. Os conceitos: proposição, linguagem, pensamento, mundo estão uns após os outros numa série, cada um equivalendo ao outro. O pensamento está rodeado de um nimbo. Sua essência, a lógica, representa uma ordem, e na verdade a ordem *a priori* do mundo, isto é, a ordem das possibilidades que dever ser comum ao mundo e ao pensamento. Esta ordem, porém, ao que parece, deve ser altamente simples. Está antes de toda a experiência; deve se estender através da totalidade da experiência; nenhuma perturbação e nenhuma incerteza empíricas devem afetá-las. Estamos na ilusão de que o especial, o profundo, o essencial de nossa investigação residiria no fato de que ela tenta compreender a essência incomparável da linguagem. Isto é, a ordem que existe entre os conceitos de frase, palavra, conclusão verdade, experiência, etc.. Esta ordem é uma *superordem* entre *superconceitos*. Enquanto que as palavras linguagem, experiência, mundo se têm um emprego, devem ter um tão humilde quanto as palavras mesa, lâmpada, porta. *Ibid.*, p. 51.

<sup>232</sup> Nesse sentido, pode-se dizer, com muita razão, que para Wittgenstein a tradição tem uma concepção *subjetivista e individualista* da linguagem humana: *Individualista*, porque se abstrai da função comunicativa e interativa da linguagem. *Subjetivista*, porque considera as convenções e regras linguísticas como dados imediatos da intuição do sujeito falante, e não como resultado de um processo de socialização... A linguagem é instrumento secundário de comunicação de nosso conhecimento do mundo. Para a tradição, segundo Wittgenstein, essa é a única função ou, pelo menos, a função mais importante da linguagem humana. Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 125-126.

jogos de linguagem, nas suas *Investigações Filosóficas*, muda-se o polo de tensão na medida em que se aponta para a realização das práticas humanas, a partir de uma visão pragmática da linguagem, e não apenas usada para descrever a realidade, como proposta pela semântica tradicional, mas para realizar algo específico e objetivo. A filosofia de Wittgenstein manifesta-se, assim, como um veemente ataque a uma concepção individualista do conhecimento e da linguagem, mas também irrompe contra todo o dualismo epistemológico e antropológico que, delineando conforme Manfredo Araújo de Oliveira,

o pano de fundo de suas críticas aparece uma visão de homem e de conhecimento humano dualista, sobretudo como elaborada no Ocidente moderno a partir da filosofia da consciência de Descartes, que, numa perspectiva muito diferente, pode ser citado ao lado de Heidegger, como um dos grandes críticos da ‘filosofia da subjetividade’.<sup>233</sup>

Alinhado na esteira da *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, de Lenio Streck, com efeito, o “giro”, a partir de *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Martin Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Parte da ideia de que não existe um mundo na linguagem as coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também o aproxima muito de Martin Heidegger. “A linguagem deixar o ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”.<sup>234</sup>

Portanto, é na linguagem que se descreve o mundo como mundo na percepção de que a significação de uma palavra supera os vários contextos da vida e, principalmente, nessa perspectiva, supera a própria metafísica e a teoria tradicional de significação.

### 3.3 Os Aportes da Filosofia de Martin Heidegger enquanto Hermenêutica da Facticidade

Na sequência, deve-se recordar também a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger que possibilitou o avanço hermenêutico para dentro das reflexões e evoluções filosóficas superando as aporias do historicismo e facticidade.<sup>235</sup> O homem é, em sua essência, “a memória do ser”, ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser, e, para

<sup>233</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.p. 125.

<sup>234</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 216.

<sup>235</sup> O homem, ser histórico, quando perguntam já o faz dentro de uma tradição cultural específica: nós, ocidentais, quando tratamos da linguagem, já o fazemos dentro de uma concepção que se elaborou na metafísica clássica, transferiu-se mais tarde para as ciências da linguagem, chegando hoje à concepção tecnocientífica da linguagem. OLIVEIRA, op. cit., p. 201-202.

Heidegger, só se pode falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, aí onde o ser de desvela, se abre, ou seja, no próprio homem.<sup>236</sup>

Todavia, Martin Heidegger, em sua principal obra *Ser e Tempo*, adverte: “O conceito de ‘ser’ é indefinível. Essa é a conclusão tirada de sua máxima universalidade”. E, com razão:

*Se definitio fit per genus proximum et differentiam specificam.* De fato, ‘ser’ não pode ser concebido como ente; *enti non additur aliqua natura*: o ‘ser’ não pode ser determinado, atribuindo-lhe um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores e nem explicá-lo através de conceitos inferiores. Mas será que isso se pode concluir que ‘ser’ não oferece mais nenhum problema? De forma alguma. Daí pode-se apenas concluir que ‘ser’ não é um ente. Por isso, o modo de determinação do ente, legítimo dentro de certos limites, como a definição da lógica tradicional, que tem seus fundamentos na antiga ontologia, não pode ser aplicado ao ser. A indefinibilidade de ser não dispensa a questão de seu sentido; ao contrário, justamente por isso a exige. O ‘ser’ é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, enunciado ou relacionamento com os entes e em todo relacionar-se consigo mesmo, faz-se uso de ‘ser’ e, nesse uso, compreende-se a palavra ‘sem mais’. Todo mundo compreende: ‘o céu é azul’, ‘eu sou feliz’, etc.. Mas essa compreensibilidade comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo ater-se e ser para o ente como ente. Por vivermos sempre uma compreensão de ser o sentido de ser estar, ao mesmo tempo, envolto de se retomar a questão sobre o sentido de ‘ser’.<sup>237</sup>

Ou seja, a filosofia de Heidegger se projeta na profunda busca explícita da questão do ser, em especial, sobre a questão do sentido do ser, “cujo sentido de ser já nos deve estar, de alguma maneira, à disposição, pois sempre nos movemos numa compreensão de ser”.<sup>238</sup> Isto é, a partir de uma análise existencial, como mediação indispensável para a interpretação do sentido do ser, é o que consiste no fato de ser ontológico que se relaciona à característica ôntica da presença. Ou seja, Martin Heidegger explicita que “A compreensão de ser é em si mesmo uma determinação de ser da presença”.<sup>239</sup>

<sup>236</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 201.

<sup>237</sup> MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 39.

<sup>238</sup> A questão do ser, para Martin Heidegger, visa às condições *a priori* de possibilidade não apenas das ciências que pesquisam os entes em suas entidades e que, ao fazê-lo, sempre já se movem numa compreensão de ser. A questão do ser visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas. Por mais rico e estruturado que possa ser o seu sistema de categorias, toda a ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente, o sentido de ser e não tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental. *Ibid.*, p. 47.

<sup>239</sup> E mais: Chamamos *existência* ao próprio ser com o qual a presença pode relacionar-se dessa ou daquela maneira e com o qual ela sempre se relaciona de alguma maneira. Como a determinação essencial desse ente não pode ser efetuada mediante a indicação de um conteúdo quididativo, já que sua essência reside, ao contrário, em sempre ter de possuir o próprio ser como seu, escolheu-se o termo presença para designá-lo enquanto pura expressão de ser. A presença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de

Ainda é necessário ir mais além. Conforme leciona Ernildo Stein, “a análise que Heidegger revelaria sobre o sentido do ser, do qual brota a compreensão do ser, é a temporalidade”.<sup>240</sup> Nessas premissas, a horizontalidade da compreensão do ser perpassa pela presença que é compreendida pela referência a um modo determinado do tempo, isso porque, “o ser só pode ser compreendido, sempre e cada vez, na perspectiva do tempo”.<sup>241</sup>

---

uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. Essas possibilidades a própria presença as escolheu, mergulhou nelas ou ali simplesmente cresceu. No modo de assumir-se ou perder-se, a existência só se decide a partir de cada presença em si mesma. A questão da existência só poderá ser esclarecida sempre pelo próprio existir. A compreensão de si mesma que assim se perfaz, nós a chamamos de compreensão *existenciária*. A questão da existência é um assunto ôntico da presença. Para isso não é necessária a transparência teórica da estrutura ontológica da existência. A questão acerca dessa estrutura pretende desdobrar e discutir o que constitui a existência. Chamamos de *existencialidade* o conjunto dessas estruturas. A análise da existencialidade não possui o caráter de uma compreensão existenciária e sim de uma compreensão existencial. Em sua possibilidade e necessidade, a tarefa de uma análise existencial da presença já se acha prelineada na constituição ôntica da presença. À medida, porém, que a existência determina a presença, a analítica ontológica desse ente sempre necessita de uma visualização prévia da existencialidade. Entendemos a existencialidade como a constituição de ser de um ente que existe. Na ideia dessa constituição de ser já se encontra, pois, a ideia de ser em geral. Desse modo, a possibilidade de ser realizar uma analítica da presença sempre depende de uma elaboração prévia da questão sobre o sentido de ser em geral. As ciências são modos de ser da presença, nos quais ela também se relaciona com entes que ela mesma não precisa ser. Pertence, porém, essencialmente à presença: ser no mundo. Assim, a compreensão de ser, própria da presença, inclui, de maneira igualmente originária, a compreensão de “mundo” e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo. Dessa maneira, as ontologias que possuem por tema os entes desprovidos do modo de ser da presença se fundam e motivam na estrutura ôntica da própria presença, que acolhe em si a determinação de uma compreensão pré-ontológica de ser. É por isso que se deve procurar, *na analítica existencial da presença, a ontologia fundamental* de onde todas as demais podem originar-se. Em consequência, a presença possui um primado múltiplo frente a todos os outros entes. O primeiro é um primado *ôntico*: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado *ontológico*: com base em sua determinação de existência, a presença é em si mesma “ontológica”. Pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutiva da compreensão da existência, um terceiro primado, que é condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro. Cf. MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 48-49.

<sup>240</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 332.

<sup>241</sup> Segundo Heidegger, uma analítica da presença constitui, o primeiro desafio no questionamento da questão do ser. Assim, torna-se premente o problema de como se deve alcançar e garantir a via de acesso à presença. Negativamente: a esse ente não se deve aplicar, de maneira construtiva e dogmática, nenhuma ideia de ser e realidade por mais evidente que seja. Ao contrário, as modalidades de acesso e interpretação devem ser escolhidas de modo que esse ente possa mostra-se em si mesmo e por si mesmo. Elas têm de mostrar a presença tal como ela é antes de tudo e na maioria das vezes, em sua *cotidianidade* mediana. Da *cotidianidade* não se devem extrair estruturas ocasionais e acidentais, mas estruturas essenciais. Essenciais são estruturas que se mantêm ontologicamente determinantes em todo modo de ser da presença fática. Do ponto de vista da constituição fundamental da *cotidianidade* da presença, poder-se-á, então, colocar em relevo o ser desse ente. A *temporalidade*, será demonstrada como sentido desse ente que chamamos de presença. Essa comprovação deve ser afirmada numa retomada da interpretação das estruturas da presença antecipadamente demonstradas como modos da temporalidade. Todavia, com essa interpretação da presença enquanto temporalidade ainda não se responde à questão condutora sobre o sentido do ser. O que se obtém é apenas o terreno para uma tal resposta. Em alguns acenos mostrou-se que, como constituição ôntica, pertence à presença um ser pré-ontológico. A presença é de tal modo que, sendo, realiza a compreensão de algo como ser. Mantendo-se esse nexo, deve-se mostrar que o *tempo* é o de onde a presença em geral compreende e interpreta implicitamente o ser. Por isso, deve-se conceber e esclarecer, de modo genuíno, o tempo como horizonte de toda a compreensão e interpretação do ser. Para que isso se evidencie, torna-se necessária uma *explicitação originária do tempo enquanto horizonte de compreensão de ser a partir da temporalidade, como*

Adiantando no tema, Heidegger, com a expressão “fenomenologia”<sup>242</sup> acaba por conferir o conceito de método, na medida em que, a fenomenologia, enquanto compreende-se a si mesma, não se viabiliza numa ou noutra coisa. Entrementes, a fenomenologia não visa a caracterizar os conteúdos dos objetos de pesquisa filosófica. Ela apenas caracteriza o “como”, a maneira de proceder da filosofia. Mas, o método não é algo exterior e puramente técnico.

---

*ser da presença, que se perfaz no movimento de compreensão de ser.* De há muito que o “tempo” funciona como critério ontológico, ou melhor, ôntico, para uma distinção ingênua das diversas regiões dos entes. Distingue-se um ente “temporal” (os processos naturais e os acontecimentos da história) de um ente “não temporal” (as relações numéricas e espaciais). Costuma-se opor o sentido atemporal das proposições ao curso temporal de sua articulação e expressão. Descobre-se ainda um “abismo” entre o temporal e o eterno supratemporal e se busca, sempre de novo, estender uma ponte entre ambos. Temporal diz aqui o que está sendo a cada vez no tempo, uma determinação que sem dúvida é ainda bastante obscura. Persiste o fato de, na acepção de ser e estar no tempo, o tempo servir como critério para distinguir as regiões de ser. E, não obstante, até hoje não se questionou ou investigou como o tempo chegou a desempenhar essa função ontológica fundamental e com que direito funciona como um critério dessa espécie e, por fim e sobretudo, como se exprime uma possível importância ontológica verdadeira do tempo nessa utilização ontologicamente ingênua. Em contrapartida, deve-se mostrar, com base no questionamento explícito da questão do ser sobre o sentido do ser, que e como a problemática central de toda a ontologia se funda e lança suas raízes no fenômeno do tempo, desde que se explique se se compreenda devidamente como isso acontece. Se o ser deve ser concebido a partir do tempo, e os diversos modos com efeito compreensíveis na perspectiva do tempo, o que então se mostra é o próprio ser, e não apenas o ente, enquanto sendo e estando “no tempo”, em seu caráter “temporal”. Desse modo, “tempo” não mais poderá dizer apenas “sendo e estando no tempo”. Também o “não temporal”, o “atemporal” e o “supratemporal” são, em seu ser, “temporais”. E isso não apenas no modo de uma privação do ente “temporal”, entendido como “sendo e estando no tempo”, mas num sentido positivo que, naturalmente, ainda de se deverá esclarecer. Como a expressão “temporal” é usada tanto na linguagem pré-filosófica como na linguagem filosófica no sentido indicado, e como, por outro lado, essa expressão é tomada na presente investigação em outro sentido, denominaremos a determinação originária do sentido do ser e de seus modos e caracteres a partir do tempo de determinação *temporânea*. A tarefa ontológica fundamental de uma interpretação originária do sentido de ser inclui, portanto, a elaboração da *temporaneidade* de ser. É na exposição da problemática da temporaneidade que se há de dar uma resposta concreta à questão sobre o sentido do ser. MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 55-56.

<sup>242</sup> Em seu conteúdo, a fenomenologia é a ciência do ser dos entes – é ontologia. Ao esclarecer as tarefas de uma ontologia, surgiu a necessidade de uma ontologia fundamental, que possui como tema a presença, isto é, o ente dotado de um privilégio ôntico-ontológico. Pois, somente a ontologia fundamental pode colocar-se diante do problema cardeal, a saber, da questão sobre o sentido do ser em geral. Da própria investigação resulta que o sentido metodológico da descrição fenomenológica é *interpretação*. Fenomenologia da presença é *hermenêutica* no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar. Desvendando-se o sentido de ser e as estruturas fundamentais da presença em geral, abre-se o horizonte para qualquer investigação ontológica ulterior dos entes não dotados do caráter de presença. A hermenêutica da presença torna-se também uma “hermenêutica” no sentido de elaboração das condições de possibilidades de toda investigação ontológica. E, por fim, visto que a presença, enquanto ente na possibilidade da existência, possui um primado ontológico frente a qualquer outro ente, a hermenêutica da presença como interpretação ontológica de si mesma adquire um terceiro sentido específico – embora primário do ponto de vista filosófico –, o sentido de uma analítica da existencialidade da existência. Trata-se de uma hermenêutica que elabora ontologicamente a historicidade da presença como condição ôntica de possibilidade da história fatural. Por isso é que, radicada na hermenêutica da presença, a metodologia das ciências históricas do espírito só pode receber a denominação de hermenêutica em sentido derivado. Ontologia e fenomenologia não são duas disciplinas distintas da filosofia ao lado das outras. Ambas caracterizam a própria filosofia em seu objeto e em seu modo de tratar. A filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da hermenêutica da presença, a qual, enquanto analítica da existência, amarra o fio de todo o questionamento filosófico no lugar de onde ele brota e para onde retorna. Ver em: *Ibid.*, p. 77-78.

Ele se liga tanto à discussão das coisas em si mesmas, quanto mais amplamente determina o movimento básico de uma ciência.<sup>243</sup>

Para o filósofo, a hermenêutica não se restringe ao mero processo interpretativo do texto, mas, acima de tudo, como um processo de todo pensamento e exercício da ação humana situada temporal e historicamente no mundo. Quando se fala da linguagem, segundo Manfredo Araújo de Oliveira, fazendo alusão à Heidegger,

nunca abandonamos a linguagem, mas sempre falamos a partir dela. Nosso ser-no-mundo é, portanto, sempre linguisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós. Essa abertura não é obra da subjetividade, antes estamos nela inseridos: só onde existe linguagem o ente pode revelar-se como ente. Toda a reflexão de Heidegger, portanto, faz-se no sentido de mostrar que o originário não é que falamos uma linguagem e dela nos utilizamos para poder manipular o real, mas, antes, que a linguagem nos marca, nos determina, e nela se dá a revelação dos entes a nós, o que só é possível porque, em sua dimensão última, a linguagem é o evento de desvelamento do sentido do ser. A compreensão, enquanto um dos existenciais do eis-aí-ser (*Dasein*) e a linguagem pertencem à mesma esfera: a esfera do desvelamento dos entes que radica na essência da linguagem enquanto casa do ser... Ora, como toda a tradição filosófica e científica tem uma postura objetivante em relação à linguagem, trata-se, para Heidegger, de ter a coragem de propor outro paradigma, que para ele é a *hermenêutica* do eis-aí-ser, como ser-no-mundo.<sup>244</sup>

É importante deixar bem claro: a compreensão humana, no pensamento heideggeriano, se dirige a partir de uma pré-compreensão, isto é, antecipação de sentido,<sup>245</sup> que determina

<sup>243</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 162.

<sup>244</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 206-207.

<sup>245</sup> No compreender, a presença de projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades em compreendendo é um *poder-ser* que repercute sobre a presença as possibilidades enquanto abertura. O projetar inerente ao compreender possui a possibilidade própria de elaborar formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, o compreender apropria-se do que compreende. Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender. De acordo com o teor dessa análise preparatória da presença cotidiana, investigaremos o fenômeno da interpretação no compreender de mundo, ou seja, no compreender impróprio, e isso no modo de sua autenticidade. É a partir da significância aberta no compreender de mundo que o ser da ocupação com o manual se dá a compreender, qualquer que seja a conjuntura que possa estabelecer como o que lhe vem ao encontro. A circunvisão descobre, isto é, o mundo já compreendido se interpreta. O que está à mão surge expressamente na visão que compreende. Todo preparar, acertar, colocar em condições, melhorar, completar, se realiza de tal modo que o manual dado na circunvisão é interpretado em relação aos outros em seu ser-para e vem a ser ocupado segundo essa interpretação recíproca. O que se interpreta reciprocamente na circunvisão de seu ser-para como tal, ou seja, o que expressamente se compreende, possui a estrutura de *algo como algo*. MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 209.

presença/modo/sentido do ser e estar no mundo em cada momento da existência do homem.<sup>246</sup>  
 Na obra, *Ser e Tempo*, em relação à compreensão, Heidegger leciona que:

O projeto sempre diz respeito a toda a abertura de ser-no-mundo; como *poder-ser*, o próprio compreender possui possibilidades prelineadas pelo âmbito do que nele é passível de se abrir essencialmente. O compreender pode colocar-se primariamente na abertura de mundo, ou seja, a presença pode, numa primeira aproximação e na maior parte das vezes, compreender-se a partir de seu mundo. Ou ainda, o compreender lança-se primariamente para o em virtude de, isto é, a presença existe como ela mesma. Brotando de seu si mesmo em sentido próprio, o compreender é próprio ou impróprio. ‘Im’-próprio não significa que a presença rompa consigo mesma e ‘só’ compreenda o mundo. Mundo pertence ao seu ser-si-mesmo como ser-no-mundo. Por isso, o compreender propriamente e o compreender imprópriamente podem ser autênticos ou inautênticos. Enquanto um *poder-ser*, o compreender está inteiramente impregnado de possibilidade. O traslado para uma dessas possibilidades fundamentais da compreensão não deixa de lado as demais. *A transferência inerente ao compreender é uma modificação existencial do projeto como um todo porque o compreender sempre diz respeito a toda a abertura da presença como ser-no-mundo.* No compreender de mundo, o *ser-em* também é sempre compreendido. Compreender de existência como tal é sempre compreender mundo.<sup>247</sup>

Sem dúvida, o ser, do *eis-aí-ser*, é fundamentalmente *existência*, isto é, compreensão prévia do sentido do ser; ou melhor, a presença do ser. O conjunto das estruturas constitutivas do *eis-aí-ser* é, então, a *existencialidade*.<sup>248</sup> Ou seja, para Lenio Streck, “Heidegger elabora a analítica existencial como ontologia fundamental. Essa palavra ‘ontologia’ usada ali é identificada como fenomenologia” e, ainda, explica:

Porque a fenomenologia é utilizada para descrever também o fenômeno da compreensão do ser. Então, a fenomenologia não se liga somente à

<sup>246</sup> A filosofia faz-se, assim, uma *ontologia hermenêutica*, isto é, interpretação do sentido do ser, enquanto sentido, que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo. Por essa razão, para Heidegger, a fenomenologia é a “recondução do olhar do ente para o ser”. O espaço específico da filosofia é o *espaço hermenêutico*, o espaço da revelação dos entes, que se dá no espaço da revelação do ser. A intenção básica de Heidegger manifesta-se aqui: para além de toda a pesquisa do ente, tematizar a questão do sentido do ser, como sentido fundante de todos os sentidos regionais. É a partir dessa perspectiva que Heidegger vai dizer que o objeto, o conteúdo, a coisa, o tema central da ontologia é a *diferença ontológica*, pois sua preocupação de base é a tematização do sentido do ser. Para Heidegger, a tematização da questão do sentido do ser passa necessariamente por uma análise do homem, enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser: o ser se dá; nesse sentido, só há mundo e só há verdade, porque o homem é *Dasein*, isto é, o *eis-aí-ser*, portanto a presença, a revelação, o desvelamento do ser. Em outras palavras, o universo sentido-fundamento deixa-se tematizar pela mediação de uma análise do homem enquanto ser-no-mundo: é a analítica existencial o cominho indispensável para a reposição da questão do sentido do ser. O ser-no-mundo é, assim, o ponto de partida do estabelecimento do novo paradigma da filosofia, a *ontologia hermenêutica*. Ver em OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 208-209.

<sup>247</sup> MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 206.

<sup>248</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 209.

compreensão, mas à questão do ser. E, na medida em que a compreensão do ser de que trata a fenomenologia diz respeito a uma questão ontológica que é prévia – antecipadora, porque a compreensão do ser é algo com que já sabemos e operamos quando conhecemos os entes – *a ontologia de que aqui se fala se refere a esse contexto.*<sup>249</sup>

Essa compreensão existencial, sustentada na fórmula de entender-se sobre algo, Heidegger destaca o papel fundamental da linguagem que irá apontar como fio condutor para abertura articulada proveniente do ser-no-mundo. Para Heidegger, a expressão composta *ser-no-mundo*, já na sua cunhagem, mostra que pretende referir-se a um fenômeno de *unidade*. O achado fenomenal indicado nesta expressão comporta, de fato, uma tríplice visualização:

1.) o ‘*em-um-mundo*’, com relação a este momento, impõe-se a tarefa de indagar sobre a estrutura ontológica de ‘mundo’ e determinar a ideia de *mundanidade* como tal; 2.) o *ente* que sempre é, segundo o modo de ser-no-mundo. Investiga-se aqui o que indagamos com a interrogação ‘quem?’ numa demonstração fenomenal devemos determinar *quem é* e está no modo da cotidianidade mediana da presença; 3.) o *ser-em* como tal, deve-se expor a constituição ontológica do próprio *em*. Todo destaque de um destes momentos constitutivos significa destacar também os demais, isto é, significa ver, cada vez, todo o fenômeno. O ser-no-mundo é, sem dúvida, uma constituição necessária *a priori* da presença, mas de forma nenhuma suficiente para determinar por completo o seu ser.<sup>250</sup>

Nessa ótica, segundo Manfredo Araújo de Oliveira, a filosofia de cunho heideggeriano,

considera justificada uma teoria do discurso; porém, a partir da analítica da existência, ele tematiza a condição de possibilidade de toda a teoria do discurso, dentro contudo, de um paradigma novo para o filosofia, o que implica a rejeição de qualquer tipo de ontologia primeira, seja a ontoteologia (discurso sobre Deus), seja a cosmologia (discurso sobre o mundo natural). Não se trata mais de *fundamentar*, mas de *compreender*, e o eis-aí-ser é o lugar onde a compreensão do ser emerge.<sup>251</sup>

Por isso que, para Heidegger, a partir da linguagem que o ser-homem tem acesso ao mundo, cujo seu papel é mediar sua manifestação da revelação de um sentido e, desse modo, encontra-se fora da conceitualização tradicional da metafísica. A grande contribuição para a hermenêutica, nas palavras de Martin Heidegger é de que o “sentido é a perspectiva na qual se

<sup>249</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15.

<sup>250</sup> MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 98-99.

<sup>251</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 212.

estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível como algo”.<sup>252</sup> Dito de outro modo, é na compreensão que se apropria do que se compreende, ou seja, na interpretação a compreensão se funda existencialmente no compreender e não vice-versa. Assim, interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as condições de possibilidades projetadas na compreensão, conforme ensina o filósofo alemão.

O fato é que, o pensamento heideggeriano está baseado no *eis-aí-ser (Dasein)*<sup>253</sup> que estabelece uma antecipação – pré-compreensão – em relação ao sentido, uma ideia de circularidade,<sup>254</sup> procurando atentar-se ao tema da hermenêutica apontando para uma nova interpretação e compreensão do Direito.

Nessas premissas, somente o ser-aí pode estar privado de sentido e, portanto, “pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, nós já sempre levamos conosco o sentido que buscamos, resultando-se, assim, o círculo da compreensão ou o círculo hermenêutico”, conforme professa Ernildo Estein.<sup>255</sup> Nessa linha, Heidegger vai tratar da linguagem como ontologicamente compreendida e como condição de possibilidade da abertura do ser concebida como uma atividade humana, não pertencente ao homem, mas sim fora dele. O fato de tematizar a linguagem, como indicativo desse grande fenômeno, “se radica na constituição existencial da abertura da presença. O fundamento ontológico-existencial da linguagem é a fala e do ponto de vista existencial, a fala é igualmente originária à disposição e ao

<sup>252</sup> MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 212.

<sup>253</sup> Na ótica de Lenio Streck, é a partir daí que a fenomenologia (hermenêutica) faz uma distinção entre o ser (*Sein*) e ente (*Seiende*). Ela trata o ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser. Classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente. Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí (*Dasein*), que é o compreender do ser. Esse operar é condição de possibilidade de qualquer tratamento dos entes. Tratamento esse que pode ser chamado na tradição de “ontológico”, mas sempre entificado. Essa ontologia do ente é que Heidegger irá chamar de *met-ontologia*. Essa teoria tratará das diversas ontologias regionais. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15.

<sup>254</sup> Cf. Heidegger, toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo? Segundo as regras mais elementares da lógica, no entanto, o círculo é um *circulus vitiosus*. Com isso, porém, o ofício da interpretação histórica se acha *a priori* banido do campo do conhecimento rigoroso. Enquanto não se abolir da compreensão esse círculo, a historiografia deve-se satisfazer com possibilidades de conhecimentos menos rigorosas de conhecimento. [...] O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo da compreensão não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura-prévia* existencial, própria da presença. [...] O círculo do compreender pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da presença, enquanto um compreender que interpreta. O ente em que está em jogo seu próprio ser como ser-no-mundo possui uma estrutura de círculo ontológico. Deve-se, no entanto, observar que, se do ponto de vista ontológico, o “círculo” pertence a um modo de ser do que é simplesmente dado, deve-se evitar caracterizar ontologicamente a presença mediante esse fenômeno. Ver a respeito MARTIN, op. cit., p. 214-215.

<sup>255</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 247.

compreender”.<sup>256</sup> Nesse contexto linguístico, exsurge um dos principais debates no campo jusfilosófico, qual seja: a invasão da filosofia pela linguagem, – ou também denominado: *linguistic turn* –, justamente a partir de uma estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender na ótica de Heidegger e, Wittgenstein, através dos jogos de linguagem que proporcionam a compreensão.<sup>257</sup>

Portanto, se antes os sentidos estavam nas essências das coisas; ou se antes os sentidos estavam na mente/consciência dos interpretes; a partir da viragem ontológica,<sup>258</sup> os sentidos (*compreensão e interpretação*) passam a estar na linguagem.

### 3.4 A Linguagem como Ponto de Partida da Experiência Hermenêutica Filosófica em Hans-Georg Gadamer

De outra parte, não se pode deixar de citar a grande importância na(da) filosofia de Hans-Georg Gadamer desenvolvida, a partir de Heidegger, como uma metodologia decorrente do fenômeno da pré-estrutura da compreensão e interpretação no âmbito das ciências históricas, do direito, da experiência do homem e da fenomenologia da linguagem. O que isso quer dizer: agora, nessa perspectiva, os sentidos se dão numa intersubjetividade. E, aqui, não há se falar mais na relação sujeito-objeto, mas, sim, numa relação sujeito-sujeito. Há um impulso fundamental dado por Heidegger que põe um novo fundamento ontológico para a hermenêutica e Gadamer faz uma ontologização da hermenêutica no sentido novo. Nesse ponto deu-se mais ênfase em falar numa hermenêutica filosófica.<sup>259</sup> Um ponto de partida para a hermenêutica de Gadamer, conforme Manfredo Araújo de Oliveira,

<sup>256</sup> MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 223.

<sup>257</sup> Segundo Lenio Streck, é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que *o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos* (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência (sujeito-objeto) com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos). Ver em STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15.

<sup>258</sup> A viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão. Nesse sentido, a viragem ontológico-linguística se coloca como o que *precede* qualquer relação positiva. Não há mais um “sujeito solitário”; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito. Ver em *Ibid.*, p. 17.

<sup>259</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 70.

além da tradição hermenêutica, é, sem dúvida alguma, a análise do eis-aí-ser, como articulada por Heidegger, o qual, indo além da discussão metodológica vigente sobre a compreensão como método específico das ciências do espírito, tematizou a compreensão como um constitutivo fundamental do ser histórico.<sup>260</sup>

Aliás, através da analítica do eis-aí-ser (*Dasein*) se revelará um caminho que encontrará os entes e sua significação no plano da faticidade, o que desembocará na “hermenêutica da faticidade”, entendida como a investigação ontológica fundamental de Heidegger, justamente em contraponto ao idealismo da consciência.<sup>261</sup> Nesse sentido, Hans-Georg Gadamer explica que “faticidade é mesmo manifestamente o inalarável que resiste a toda tentativa de alcançar a transparência da compreensão”, donde “fica claro que permanece em toda compreensão de sentido algo impassível de ser esclarecido e que se precisa retrojetar a questão àquilo que motiva toda a compreensão”.<sup>262</sup> O percurso da hermenêutica vem traçado pela experiência do mundo onde o interprete está inserido numa história independente de verificação. Essa experiência hermenêutica,<sup>263</sup> fundada na possibilidade de acesso do intérprete à sua própria finitude, está intimamente ligada à linguagem que, reprimida pela subjetividade, vem sustentada pela tradição.<sup>264</sup> Somente há hermenêutica porque o homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico. E, isso, marca o todo de sua experiência de mundo. E,

<sup>260</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 225.

<sup>261</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 59-60.

<sup>262</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 2, p. 19.

<sup>263</sup> A experiência hermenêutica tem a ver com a *tradição*. É esta que deve chegar à experiência. Todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é *linguagem*, isto é, fala por si mesma, como faz um tu. O tu não é objeto, mas se comporta em relação ao objeto. Mas isso não deve ser mal-interpretado como se na tradição o que nela chega à experiência se compreendesse como a opinião de outro, que é tu. Pelo contrário, estamos convencidos de que a compreensão da tradição não entende o texto transmitido como a manifestação vital de um tu, mas como um conteúdo de sentido, desvinculado de toda atadura para com os que opinam. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 525.

<sup>264</sup> A pergunta fundamental que vai marcar o pensamento de Gadamer é: que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se “carregado” por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição? È no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente dono do sentido. A hermenêutica de Gadamer é conscientemente uma “hermenêutica da finitude”, o que significa para ele a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história. A historicidade fundamental do eis-aí-ser implica seu ser é uma mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre. Ora, isso significa dizer que nossa historicidade não é uma limitação, mas antes “condição de possibilidade” de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora “condições transcendentais” de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos a verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob o nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada. OLIVEIRA, op. cit., p. 226-228.

aqui, fica clara a preocupação fundamental de pensamento de Gadamer: a superação da filosofia da subjetividade.<sup>265</sup> No campo hermenêutico gadameriano, Ernildo Stein bem destaca que “a hermenêutica filosófica possui uma tarefa crítica. Ela não é conforme a hermenêutica do século XIX, apenas uma doutrina do método do compreender e do interpretar,” pelo contrário,

a hermenêutica tem como tarefa descobrir o que efetivamente e na verdade, as ciências do espírito são. A tarefa crítica da hermenêutica filosófica consiste também no fato de corrigir um pensamento errado das ciências do espírito sobre si mesmas. *A tarefa desta hermenêutica culmina na prova de que existe uma verdade que não é medida metodicamente: a verdade da arte, a verdade da história e a verdade da linguagem.* Compreender se apresenta não tanto como um agir do intérprete, mas muito mais como um acontecer no qual estão inseridos o intérprete e o objeto da interpretação.<sup>266</sup>

Para Gadamer a história não está à disposição do intérprete, mas, sim, este está submetido àquela. Aquele que quer compreender não pode estar privado de suas próprias opiniões prévias e ignorar o texto, mas deixar que o próprio texto diga alguma coisa de si mesmo.<sup>267</sup>

Desta forma, quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas, pois de acordo com a teoria hermenêutica filosófica gadameriana,

elaborar os 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. Pois o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas, senão que no processo de sua execução acabam se aniquilando? A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2011. p. 225-229.

<sup>266</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 77.

<sup>267</sup> A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Ver a respeito GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 405.

lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quando sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.<sup>268</sup>

Em todo caso, a relação interna entre interpretação e compreensão trouxe a problemática da hermenêutica, qual seja: a da aplicação. Porém, a aplicação estará contida em toda a compreensão, ou seja, a aplicação figura como parte integrativa da compreensão e da interpretação (*pré-compreensão + compreensão + interpretação + aplicação = círculo hermenêutico*).<sup>269</sup> Se não é possível sair do círculo, na concepção de Heidegger, será necessário entrar corretamente nele, pois conforme leciona Wálber Araujo Carneiro,

esse caráter virtuoso ou positivo da circularidade assumirá em Gadamer uma importância vital, pois aqui estamos tratando da cientificidade da compreensão, e não apenas, do problema ontológico. A entrada correta no círculo não decorre da disponibilidade dos nossos pré-juízos, mas da necessidade de revisar o projeto prévio compreensivo. Se a compreensão de um texto é sempre antecipação de sentido do todo de um texto que se refere a fatos (evento), a revisão do projeto, por sua vez, se realiza com novas antecipações de sentido desse mesmo texto que continua fazendo referência a fatos.<sup>270</sup>

Segundo Hans-Georg Gadamer, “a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.<sup>271</sup> É por esta razão que toda a compreensão é interpretação, e toda a interpretação se desenvolve no seio da linguagem que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete.<sup>272</sup> Nesse sentido, Gadamer fundamenta que:

<sup>268</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 402-403.

<sup>269</sup> No caso da hermenêutica jurídica, a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz *não surja arbitrariedades imprevisíveis*, mas de uma ponderação justa do conjunto. Entre a *hermenêutica jurídica* e a *dogmática jurídica* existe pois uma relação essencial, na qual a *hermenêutica* detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma *dogmática jurídica* total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção. [...] *Compreender um texto significa sempre aplicá-lo* a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação, torna-se claro pelo fato de que toda a interpretação é essencialmente inerente sua linguisticidade. *Ibid.*, p. 489-490, 579.

<sup>270</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 87.

<sup>271</sup> GADAMER, op. cit., p. 459.

<sup>272</sup> Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araujo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2011. p. 233.

Relacionado com isso, está também o fato de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão, com o que até mesmo o problema da linguagem passa de uma posição ocasional e marginal, para o centro da filosofia.<sup>273</sup>

E é por isso que a “linguagem é *medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. O que pode ser compreendido é linguagem”.<sup>274</sup> Particularmente, conforme leciona Lenio Streck, é possível dizer que, “aquele que não tem linguagem ou as condições de fazer nomeação de algo (*etwas*) não tem acesso a esse algo, porque não há a necessária (e condição de possibilidade para a) compreensão” e, como diz Gadamer,

o modo como algo se apresenta a si mesmo forma parte de seu próprio ser; o que pode compreender-se é linguagem. Assim, passa não ter sentido perguntar sobre a efetiva existência do ser; somente tem sentido perguntar acerca do ser enquanto compreendido/sentido/ interpretado. Sem a compreensão do ser, este ser não é, embora não possa dizer nada sobre o ser que não é, eis que não é possível falar sobre algo que não consegue simbolizar pela linguagem. Isto porque é pela linguagem que, simbolizando, compreendo; logo, aquele real, que estava fora de meu mundo, compreendido através da linguagem, passa a ser realidade.<sup>275</sup>

Em decorrência, e avançando no assunto, nas palavras de Wálber Araujo Carneiro, “tudo isso fez Gadamer afirmar que a *subtilitas intelligendi* (compreensão), a *subtilitas explicandi* (interpretação) e a *subtilitas applicandi* (aplicação) ‘perfazem o modo de realização da compreensão’”<sup>276</sup> e, portanto, não há cisão (ou ruptura) entre interpretação e aplicação; há simplesmente a *applicatio*. E, seguindo nessa perspectiva, Lenio Streck defende:

Compreender é, pois, aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, *não é possível separar interpretação e aplicação*. O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendido a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “em toda leitura tem lugar uma aplicação (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo à aplicação da lei ou à aplicação judicial*. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um

<sup>273</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 459.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 566; 687.

<sup>275</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 261.

<sup>276</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 87.

bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico.<sup>277</sup>

A partir da hermenêutica filosófica, a hermenêutica jurídica, praticada no plano da cotidianidade do direito, segundo Lenio Streck, “deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sentido do produto de uma operação realizada em partes”, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto para, então, depois aplicar, na medida em que,

a impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui-em-si-mesmo’, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo.<sup>278</sup>

<sup>277</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

<sup>278</sup> E continua: Algumas posturas críticas sobre a hermenêutica jurídica – em especial a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer – receberam uma nítida influência da ontologia fundamental de matriz heideggeriana, a partir de seus dois principais teoremas: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia de sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – que já une todas as partes do “sistema”. Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A facticidade, a possibilidade e a compreensão são algumas desses existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá “norma” produto da “síntese hermenêutica”, que se dá a partir da facticidade e historicidade do intérprete. De qualquer forma, tudo isso que foi descrito aqui aponta para o século XX como a verdadeira “era da hermenêutica”. Essa era fundamenta a tese de que a Teoria do Direito, durante o século XX, efetua uma espécie de recepção destas três revoluções descritas até aqui (da linguagem, do fundamento e da ontologia) encontrando seu ponto de estofo da filosofia hermenêutica de Heidegger e na Hermenêutica Filosófica de Gadamaer. Esta recepção é percebida em diferentes graus em diversos autores. Mas, de uma forma global, em todos eles é possível perceber aquilo que José Lamego chama de “acesso hermenêutico do Direito”. No que tange à fenomenologia hermenêutica – entendida globalmente comportando as descobertas tanto de Heidegger quanto de Gadamer – é possível notar nas obras de José Esser, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann e Ronald Dworkin a recepção dos principais conceitos desenvolvidos por esta tradição hermenêutica do século XX. Em todos esses autores, há a possibilidade de se pensar em um *acesso hermenêutico* para o Direito. Com filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica é posta em xeque a ideia de um *fundamentum inconcussum*, superando-se a dicotomia do esquema sujeito-objeto. Nem mais o assujeitamento do sujeito às essências e nem o solipsismo do sujeito assujeitador dos (sentidos dos) objetos. Desse modo, na medida em que nos libertamos de tais ontologias (tradicionais), é dizer, *na medida em que passamos a não acreditar na possibilidade de que o mundo possa ser identificado com a independência da linguagem*, ou que o mundo possa ser conhecido inicialmente através de um encontro não linguístico, e que o mundo possa ser conhecido como ele é, intrinsecamente, começamos a perceber – graças à viragem linguística da filosofia e do nascimento da tradição hermenêutica – que os diversos campos da filosofia, que antes eram determinados a partir do mundo natural, poderiam ser multiplicados ao infinito através da infinitividade humana. A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica, é assim, consagração da finitude. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 243-245.

Desnecessário dizer, mas é importante destacar, que na sua principal obra *Verdade e Método* (ou dito também *Verdade contra o Método*) é que o próprio Gadamer deixa explicitado que compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence ao todo da experiência do homem no mundo, de modo que, na originalidade, “o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método”.<sup>279</sup> Gadamer reconhece, como tarefa fundamental, “o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito linguístico do seu tempo ou de seu autor. Quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar”,<sup>280</sup> acrescenta. Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para condição do texto. Entretanto, adverte Lenio Streck, “esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas e nem autocancelamento, senão que incluir uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos”.<sup>281</sup> Dito de outro modo, toda compreensão tem uma indissociável condição histórica que se inter-relaciona entre o sujeito e o texto a ser compreendido.

Por isso é importante insistir: a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo e, alinhado com a *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*:

Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade. O existir do ‘sujeito’ é um existir histórico, enquanto ser-no-mundo, em que o ‘objeto’ não é construído pelo ‘cogito’ e tampouco é refletido na consciência, mas, sim, se desvela pela linguagem. O desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história linguisticamente apreendida.<sup>282</sup>

A posição de uma hermenêutica construída sobre as bases da historicidade deverá buscar na tradição o elemento mediador para o enfrentamento entre autoridade e razão que, para Hans-Georg Gadamer, “entre a razão e a tradição não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional”, na medida em que ela “sempre é um momento da liberdade e da própria história”.<sup>283</sup> E é exatamente isso, na ótica de Gadamer, o sujeito da compreensão

---

<sup>279</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 29.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>281</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 263.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>283</sup> GADAMER, op. cit., p. 373.

recebe o legado da tradição entendida como o objeto de nossa (pré) compreensão, cujo legado nos vem através da linguagem, papel fundamental de sua teoria.<sup>284</sup>

Pontuando e finalizando, pode-se dizer que toda compreensão hermenêutica carrega consigo uma inserção no processo de transmissão da tradição, ou seja, há um movimento antecipatório da compreensão (círculo hermenêutico como relatado acima) que para Hans-Georg Gadamer é da totalidade do mundo da compreensão que resulta uma pré-compreensão onde o intérprete não pode desprender-se da circularidade da compreensão elemento essencial do fenômeno hermenêutico.

Nesta conjuntura, tem razão Lenio Streck sobre a importância da filosofia no (do) Direito quando desenvolve a sua linguagem e atinge um nível de um compreender prévio de sentido alimentado pela hermenêutica dentro de um mundo fático, isto é, um mecanismo que refuta qualquer tipo de arbitrariedade e afasta de plano o sujeito solipsista.

Portanto, com as pegadas de Lenio Streck, “a linguagem é a totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade*, melhor dizendo, a linguagem é constituinte e constituidora do saber do nosso modo-de-ser-no-mundo”.<sup>285</sup>

Finalizando: é na linguagem e/ou na linguisticidade de experiência de mundo que acontece a mediação (superação) do sujeito em relação às coisas, pois nela acontece a correspondência entre subjetividade e objetividade.

---

<sup>284</sup> Explicita Lenio Luiz Streck, a linguagem não é somente um meio a mais dentre dos outros, senão o que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; é a razão o que se atualiza comunicativamente na linguagem. A linguagem não é um mero fato, e sim princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que *a tradição terá uma dimensão linguística*. Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, na lição de Gadamer, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa experiência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que se vai transformando a sua compreensão. Por outro lado, a história é somente uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante. Por isto, alerta Gadamer, *a redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que neles atuam*. O caráter da interpretação de Gadamer é sempre *produtivo*. É impossível reproduzir um sentido. *O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte o sentido da compreensão*. É impossível o intérprete se colocar no lugar do outro. *O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos*. Compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetual*) do intérprete. Ver a respeito em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 265.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 264.

### 3.5 A Necessária Reflexão Hermenêutica Constitucional a partir de Ronald Dworkin e Lenio Luiz Streck

Como visto anteriormente, no âmbito da compreensão histórica e da tradição a linguagem é a sustentação do projeto hermenêutico gadameriano, cuja hermenêutica filosófica alcança uma nova e definitiva lição, como leciona Lenio Luiz Streck: “uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto em que interpretar permite ser compreendido como autocompreensão de quem interpreta”.<sup>286</sup>

A hermenêutica de Gadamer é filosófica e não metódica, cuja compreensão emerge justamente da faticidade e historicidade do intérprete onde a linguagem passa a ser instrumento que se põe entre o sujeito pensante e objeto.<sup>287</sup> Como diz Lenio Streck “não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição)”.<sup>288</sup> Ou seja, é a partir da (na) Constituição que se interpreta o Direito e não vice-versa.

Nesse paradigma da linguagem, se rompe com possibilidade de saberes reprodutivos, na medida em que resta evidenciado que a “tarefa de interpretar a lei passa a ser uma atribuição de sentido”.<sup>289</sup> E nesse contexto, o positivismo legal, que se resume a simplesmente a realidade jurídica do Direito positivo, como um sistema de regras, “são sabidas das dificuldades de identificar todos os caracteres que definem as posturas positivistas”.<sup>290</sup>

O positivismo traz uma ideia precípua a partir do princípio de que a sociedade é regida por leis naturais de caráter independente da vontade humana. Seu fundamento é de que a lei aponta para o funcionamento da vida social, político-econômica que dizem respeito às leis da natureza, uma ciência voltada para o estudo da realidade. Lenio Streck salienta que o positivismo

<sup>286</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 270.

<sup>287</sup> Essa faticidade e historicidade, para Lenio Streck, é o *locus* da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia, que já une todas as partes (textos) do “sistema”. Como a hermenêutica de matriz gadameriana (que não difere neste sentido da matriz da ontologia fundamental) não é um método, mas, sim, filosofia; é a condição-de-ser-no-mundo do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido. *Ibid.*, p. 271.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>290</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 69.

é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os *atos* (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de ‘empirismo lógico’). Evidentemente, *atos*, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.<sup>291</sup>

Trilhando nessa perspectiva, surge a corrente cujo objeto do conhecimento do Direito funda-se nas suas proposições jurídicas vigente, onde o intérprete limita seu interesse no estudo destas proposições, chamado também de *positivismo normativista*.<sup>292</sup> É nessa corrente que se enquadra a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, como uma nova Ciência do Direito, cuja interpretação e a aplicação da norma ao caso concreto não se restringe a um mero procedimento de dedução e/ou subsunção, isto é, a um silogismo lógico. Lenio Streck, afirma que:

Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é mais semântico do que sintático.<sup>293</sup>

Por seu turno, no Capítulo VIII, Kelsen apresenta várias possibilidades de aplicação interpretativas ao Direito, pois segundo leciona:

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se

<sup>291</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

<sup>292</sup> Conforme Lenio Streck, aqui, há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”. Em princípio, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 1930 e 1940 – e, também, a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação, que se apresentam completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do direito aparece, então, em primeiro plano. Ver a respeito *Ibid.*, p. 32.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 33.

torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.<sup>294</sup>

Devido a sua teoria escalonada da ordem jurídica,<sup>295</sup> isto é, o ordenamento jurídico não se apresenta como um conjunto de regras lado-lado, mas normas vinculadas por um fundamento de validade, a indeterminação interpretativa do Direito é o interprete, através de um ato vontade, que escolherá qual a solução que deverá ser aplicada para tonar direito positivado. Em contrapartida, a interpretação como ato de conhecimento consistirá em revelar as inúmeras significações possíveis.<sup>296</sup>

Diante da superação do positivismo exegético, Kelsen “abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese”.<sup>297</sup> Nessa senda, do ponto de vista jurídico-positivista, Herbert Hart desenvolve, a partir do modelo de regras primárias, aquelas que impõem deveres e obrigações, e as regras secundárias, como por exemplo, regras de reconhecimento,<sup>298</sup> regras

<sup>294</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 390-391.

<sup>295</sup> A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: norma do escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior. *Ibid.*, p. 387-388.

<sup>296</sup> Aqui é cabível a advertência explicitada por Lenio Streck que: quando me refiro a uma ênfase semântica, estou apontando para o problema da *interpretação do direito* tal qual é descrito por Kelsen no fatídico capítulo VIII de sua *Reine Rechtslehre*. Para compreendermos bem essa questão, é preciso insistir em um ponto: em Kelsen, há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*. Devido à característica relativista da moral kelsiana, as normas – que exsurgem de um *ato de vontade* – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. [...] Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano da metalinguagem, a normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal. Vale dizer: a relação entre as proposições é, essa sim, meramente *sintática*. Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemáticos que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica; é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsistente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do interprete ou do decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma”. Ver em STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>298</sup> Para Hart, onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem, tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos. Cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 111.

com a objeção de tentar eliminar as incertezas e ambiguidades das regras originárias.<sup>299</sup> Entretanto, a grande polêmica apresentada por Hart, diz respeito à interpretação dessas regras, na medida em que “os cânones de interpretação não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las, porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação”.<sup>300</sup>

Da análise das ideias de Herbert Hart a discussão não demonstra pretensão alguma de fazer do direito uma ciência essencialista, mas opta, com base nos estudos de Wittgenstein e Austin, por estabelecer um conceito de direito a partir da linguagem do cotidiano dos juristas, visto que, seguindo nas lições de Cristina Reindolff da Motta: “na análise dessa linguagem, Hart identifica dois casos de aplicação de interpretação da linguagem: os casos em que a linguagem é cristalina e, por conseguinte, facialmente aplicável; os casos em que a linguagem está numa zona de penumbra (zona de franja) e, por isso, são difíceis de aplicação”.<sup>301</sup>

Diante dessa nova postura, ou seja, da imprecisão e vagueza das regras,<sup>302</sup> da indeterminação da linguagem, o que Hart chama de *textura aberta*,<sup>303</sup> e levando em

<sup>299</sup> A distinção de Hart entre regras primárias e secundárias é de grande importância. As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras de direito penal que nos impedem de roubar, assinar ou dirigir em velocidade excessiva são bons exemplos de regras primárias. As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas. As regras que determinam como o Congresso é composto e como ele promulga leis são exemplos de regras secundárias. Portanto, podemos registrar a distinção fundamental de Hart da seguinte maneira: uma regra pode ser obrigatória (a) porque é aceita ou (b) porque é válida. Hart chama essa regra secundária fundamental de “regra de reconhecimento”. A regra de reconhecimento de uma determinada comunidade por ser relativamente simples (“O que o rei decreta é lei”) ou pode ser muito complexa (a Constituição dos Estados Unidos, com todas as suas dificuldades de interpretação, pode ser considerada como a única regra de reconhecimento). A regra de reconhecimento, é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de uma aceitação. Ver a respeito DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 31-34.

<sup>300</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 139.

<sup>301</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90-91.

<sup>302</sup> Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer “espaço” de sentido – vaguezas, ambiguidades, cláusulas “abertas” etc. –, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em *terrae brasilis*, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, um fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*). Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43.

<sup>303</sup> Neste ponto, a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto, tal como ocorre com um exemplo dotado de autoridade. O sentido em que a linguagem da regra nos permitirá simplesmente escolher casos de aplicação facilmente reconhecíveis, esboroa-se neste ponto; a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correcta de fazer-se. Pelo contrário, a linguagem da regra parece agora só delimitar um exemplo dotado de autoridade, nomeadamente o constituído caso simples. O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar

consideração que “um supremo tribunal terá a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava errado não tem consequências dentro do sistema”,<sup>304</sup> poderá, via de regra, dar azo à discricionariedade, ao ativismo, ou decisionismo equivocado por parte do intérprete.<sup>305</sup> Em contrapartida, Lenio Streck explicita:

O que se trata é aquilo convalidado pela tradição da teoria do direito, isto é, a experiência interpretativa ‘conhece’ um conceito de discricionariedade, utilizado por Herbert Hart em seu *O Conceito de Direito*. Ao enfrentar o problema da aplicação da regra jurídica, Hart apresenta a tese de que o direito existe uma ‘textura aberta’. Nesse ponto aparece uma diferença gritante com relação à noção de discricionariedade administrativa: nesta, o administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para a determinação dos fins por ela estabelecidos, mas qualquer ato por ele praticado poderá ser questionado tendo em vista o princípio da legalidade; já na discricionariedade judicial, o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política. Não há dúvida de que o conceito de ato discricionário no âmbito do direito administrativo surgiu para dar legitimidade à nova estrutura burocrática que emergia no século XIX sob os contornos do Estado de Direito Liberal.<sup>306</sup>

E, o referido autor, ainda complementa:

Ocorre que, no âmbito da interpretação judicial não nos encontramos diante da mesma situação. Aqui não há regulamentação legal a ser discutida. Pelo contrário, pressupõe-se que ela inexistente. *Assim o juiz efetivamente criará uma regra para regulamentar o caso a ele apresentado*. Nesses termos, a

---

a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. Seja qual foi o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos concretos, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. Nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes. HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 140-145.

<sup>304</sup> Ibid., p. 155.

<sup>305</sup> Segundo Francisco José Borges Motta, as regras (normativamente obrigatórias) de Hart são compostas de uma textura aberta, o que implica reconhecer a que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais, segundo não mais do que a sua descrição (o que se torna particularmente evidente na solução dos chamados *casos difíceis*). Esses aportes permitem-nos dizer que o positivismo de Hart desabridamente contempla a *discricionariedade judicial* no sentido *forte*, na medida em *todos os padrões de comportamento estruturados em regras* seriam compostos pela tal *textura aberta* (aspecto este atribuído *aos limites da linguagem*), a ser preenchida, ao fim e ao cabo, por não mais do que *uma escolha* (ainda que esta possa não ser *arbitrária* ou *irracional*). Dito em outras palavras, como o juiz possui a autoridade, conferida por uma norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode *legitimamente* (esse é o ponto) dar a decisão que ele achar a melhor. Hart não se ocupa, pois, de tematizar o conteúdo *bom* ou *mau* de uma *decisão judicial*, já que no quadro do campo da discricionariedade, a sua decisão está sempre certa. Ver em: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

<sup>306</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

situação de ilegitimidade muito se assemelha ao arbítrio do déspota no sistema administrativo pré-Estado Liberal.<sup>307</sup>

Hart acaba desenvolvendo a tese do Direito como instituição social, como fenômeno cultural constituído pela linguagem, que segundo Francisco José Borges Motta, “Hart, desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do direito”,<sup>308</sup> isto quer dizer que o positivismo jurídico de Hart vem na forma de uma “regra social” que pode ser incerta em alguns casos.

E, aqui, cabe o contraponto: se a hermenêutica filosófica tem a função de superar as concepções objetivistas acerca da interpretação de lei e – principalmente – da Constituição não se pode olvidar a sua importância justamente no enfrentamento do *solipsismo judicial*.<sup>309</sup>

Portanto, indo além da objetividade solipsista do positivismo jurídico, cujas manifestações não passam de proposições meramente de caráter metafísicas (sujeito-objeto), a filosofia hermenêutica de matriz heideggeriana somada à matriz hermenêutica filosófica proposta por Hans-Georg Gadamer, aqui defendida, vai no sentido completamente contrário, pois a explicitação do sentido é feita justamente através da linguagem e, assim sendo, possui caráter puramente intersubjetivo (sujeito-sujeito).

Outro aspecto importante da teoria do Direito é como compreender o sentido a ser atribuído às alegações e afirmações que os juristas fazem sobre aquilo que a lei permite,

<sup>307</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

<sup>308</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 69.

<sup>309</sup> E aqui tem razão Lenio Luiz Streck quando afirma que: as propostas contidas no movimento do direito livre – e seus derivados mais ou menos radicais, tais como o realismo estadunidense e a jurisprudência dos interesses alemã – que reivindicavam o papel criativo da interpretação judicial principalmente nos casos de “lacunas” da lei, já havia representado um crítica ao objetivismo exigido pelas diversas modulações do formalismo, seja o da jurisprudência dos conceitos, seja o da escola da exegese, variando apenas a realidade cultural de cada uma dessas manifestações teóricas sobre o direito. É desse contexto que nascem os postulados daquilo que hoje nomeamos como protagonismo judicial. Na hermenêutica de corte gadameriano, afirma-se na interpretação um caráter criativo/produutivo. Mas essa afirmação de Gadamer *não pode ser lida como uma supervalorização do papel da subjetividade do intérprete* ou como qualquer espécie de *relativismo*. Aliás, essa é uma leitura comumente feita – equivocadamente – da obra de Gadamer. A hermenêutica – como já repetido *ad nauseam* – é antirrelativista. Do mesmo modo, a forma como o pensamento é organizado nesse novo paradigma se projeta para fora da subjetividade encapsuladora do mundo. Assim, a hermenêutica é um poderoso remédio contra as teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsista do judiciário. Esse fator, entretanto, não pode ser entendido como uma “proibição de interpretar” ou tampouco, como uma tentativa de tornar o Judiciário um “poder menor”. Na verdade, se trata exatamente do contrário. É justamente porque o Judiciário possui um papel estratégico nas democracias constitucionais contemporâneas – concretizando direitos fundamentais, intervindo, portanto, quase sempre na delicada relação entre direito e política – que é necessário pensar elementos hermenêuticos que possam gerar legitimidade para as decisões judiciais, a partir de um efetivo controle de sentido que nelas é articulado. Vale dizer, a hermenêutica possibilita aos participantes da comunidade política, meios para questionar a motivação das decisões de modo a gerar, nessas mesmas motivações, um grau muito mais elevado de legitimidade. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 296.

proíbe ou autoriza descrever o Direito em um determinado ponto, denominado por Ronald Dworkin como proposições jurídicas.<sup>310</sup> Detectar/entender/influir esse processo é tarefa que se impõe à crítica do Direito, proposta por Lenio Streck no sentido de “torna-se indispensável denunciar que os sentidos jurídicos entendidos como as normas, que são produto da interpretação dos textos” e, por isso,

para a elaboração de um discurso crítico, torna-se imprescindível desmi(s)tificar esse lugar que nega os seus próprios pontos de partida (espécie de ‘grau zero de sentido’). A desconstrução hermenêutica do processo de produção do sentido é o ponto de partida para o desvelamento daquilo que cobre o Direito (compreendido como Direito de perfil transformador, *plus* normativo do Estado Democrático de Direito).<sup>311</sup>

Para os positivistas, uma proposição jurídica somente seria considerada verdadeira se a mesma fosse decorrente de um evento legislativo, e a dificuldade surge exatamente porque as proposições do Direito parecem descritivas que para Dworkin,

dizem respeito a como as coisas são no Direito, não como deveriam ser – e, no entanto, revelou-se extremamente difícil dizer exatamente o que é que elas descrevem. Os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso contrário, não é.<sup>312</sup>

Em decorrência, quando o juiz profere um julgamento considerado em contrariedade à lei, na realidade está proferindo um julgamento, conforme leciona Lenio Streck,

contra-aquilo-que-a-doutrina-e-a-jurisprudência-estabeleceram-como-arbitrário-judicialmente-prevalente-do-sentido-daquela-texto-normativo, mediante inexorável processo de produção-construção-adjudicação de sentido, que ocorre pelo processo de simbolização (pela *pá-lavra*). O que quero dizer é que standards do tipo ‘julgamento a favor da lei’, ‘julgamento contra a lei’ ou, ainda, interpretação ‘literal’, dizem respeito ao positivismo primitivo e as tentativas de sua superação. Ora, depois da institucionalização, no plano da contemporânea teoria do direito, de que há uma diferença entre texto e norma, essa discussão deixa de ter relevância. Afinal, o que é isto- o texto jurídico?<sup>313</sup>

Posta esta questão, impõe-se reconhecer que as várias formas de se tratar o positivismo diante das inúmeras facetas da observação que Direito oferece àqueles que buscam a sua

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 6.

<sup>311</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 306.

<sup>312</sup> DWORKIN, op. cit., p. 20.

<sup>313</sup> STRECK, op. cit., p. 307.

compreensão. O positivismo, segundo Ronald Dworkin, “possui como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras”.<sup>314</sup>

E, aqui, é importante ter em mente que a proposta dworkiana, de forma resumida, pode ser entendida como um esforço de superação de duas tradições concorrentes: o positivismo jurídico (convencionalismo) e o realismo jurídico (pragmatismo) no caminho proposto de afirmar da possibilidade de se chegar a uma resposta correta nos casos judiciais, em sentido contrário à existência de um espaço discricionário para tomadas de decisões judiciais, como será abordado mais adiante.<sup>315</sup> O juiz convencionalista que, segundo Dworkin, “exerce seu

---

<sup>314</sup> E esses preceitos, continua o norte americano, podem ser reformulados da seguinte maneira: a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com os seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público. b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídica é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer o direito jurídico correspondente a essa matéria. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 27-28.

<sup>315</sup> O pragmatismo jurídico é uma concepção cética do direito. Nega que uma comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado. Oferece uma interpretação muito diferente de nossa prática jurídica: que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo. Com o convencionalismo, o direito como integridade aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas. Contudo, supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce. A resposta da integridade, sua descrição da natureza da coerência com as decisões políticas do passado, exigidas pelo direito, apresenta uma diferença correspondente com a resposta dada pelo convencionalismo. Sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa. [...] O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob a melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas de interpretação; não pedem aos juízes encarregados da decisão de casos difíceis que façam novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui ao legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo

poder discricionário para criar um novo direito, deve estar particularmente atento a esse risco, pois seu poder de alterar o direito já existente é bastante limitado”.<sup>316</sup> E essa limitação, – adiantando no assunto –, vem explicitado pela Constituição.

No fio dessas premissas é que o direito figura diferente da justiça, pois como explica Ronald Dworkin,

A justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do que é justo moral e politicamente, e a concepção de justiça de uma pessoa é sua teoria, imposta por suas próprias convicções sobre a verdadeira natureza de justiça. O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos.<sup>317</sup>

Vale adiantar: Dworkin radicaliza no sentido de que “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política”.<sup>318</sup> A intenção do autor estadunidense é de “aceitar a integridade como uma virtude política ao lado da justiça e da equidade, então, se terá um argumento geral, não estratégico, para reconhecer direitos”. E, complementa:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de sue legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e a eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito. Essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de

---

desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 119-272.

<sup>316</sup> Ibid., p. 162.

<sup>317</sup> Ibid., p. 122.

<sup>318</sup> Ibid., p. 141.

princípio valorizada por si mesma. A integridade, mais do que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual a conhecemos.<sup>319</sup>

Nessa linha, e acompanhando Lenio Streck, quando se diz que é possível distinguir boas e más decisões e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, “os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre a integridade, nas decisões que tomam”.<sup>320</sup>

A integridade na teoria dworkiana no âmbito da deliberação judicial, requer que “os juízes tratem o sistema de normas públicas como este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, pois a integridade é uma virtude que anda lado a lado da justiça, da equidade e do devido processo legal”.<sup>321</sup> Dito de outra forma, a integridade promove a união da vida moral e política dos cidadãos, cuja organização comum da justiça está comprometida em virtude da justamente da cidadania e da democracia.

Aqui é preciso compreender que o direito como integridade, como afirma Lenio Streck, “nega que suas manifestações sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”,<sup>322</sup> mas, sim, a combinação de elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro, isto é, a historicidade presente e fundamentada por princípios e, portanto, o direito como integridade, remetendo-se à defesa de Dworkin,

começa no presente e só volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios.<sup>323</sup>

E é importante insistir nesse ponto, a integridade, defendida por Ronald Dworkin, se aproxima do que Lenio Streck denomina de “tradição autêntica, na medida em que é possível distinguir pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos)”.<sup>324</sup> O direito

<sup>319</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 203.

<sup>320</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352.

<sup>321</sup> DWORKIN, op. cit., p. 261.

<sup>322</sup> STRECK, op. cit., p. 352.

<sup>323</sup> DWORKIN, op. cit., p. 274.

<sup>324</sup> E continua: Pré-juízos são antecipações. É a pré-compreensão, que não dominados. E como há mais uma relação gnosiológica sujeito-objeto, o círculo hermenêutico nos permite chegar antes de qualquer subsunção ou dedução. É possível dizer, desse modo, que a integridade será algo que não é justiça, nem equidade. Não é

como integridade é, portanto, como dirá Dworkin “tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”.<sup>325</sup>

Nessa perspectiva, a ideia de Direito proposta por Ronald Dworkin, e aqui em *terrae brasilis* muito bem defendida por Lenio Streck, a integridade, em que pese uma determinada comunidade estabeleça e aplica direitos diferentes, não pode vir dissociada de diferentes princípios de justiça, tampouco separada coerentemente, na medida em que, a interpretação do direito, – para ser mais direto –, a interpretação de textos jurídicos sofrem influxos da legislação *stricto sensu*. E como leciona Lenio Streck, “texto é evento, também a doutrina deve ser analisada à luz da integridade, isto é, se no plano das decisões judiciais não se pode decidir de qualquer modo, também na doutrina não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.<sup>326</sup> Ou seja, na prática jurídica, em todos os sentidos, a integridade e coerência são requisitos essenciais ao direito. Com isso Dworkin chama atenção:

Será integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, mesmo tempo, mais ou menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a essa sistema como um todo. [...] A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva

---

objetivável, mas nos leva ao estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela. Dworkin acentua que não há uma hierarquia entre integridade, justiça e equidade: ora ela poderá prevalecer, ora não prevalecerá. E não poderia ser diferente, já que afirmar que a integridade prevalece, *prima facie*, seria tentar contra a própria integridade. Seria uma contradição performática sustentar essa supremacia. Ou seja, não prevalece porque atende à integridade é deixar acontecer o que se antecipa (por isso a não cisão entre interpretar e aplicar, tal como na hermenêutica filosófica), permitindo uma resposta (correta) a partir e para além da justiça e da equidade. A dificuldade na tradução apofântica da integridade se deve ao fato de que o fenômeno chamado por Dworkin de integridade é um fundamento não metafísico, longe de um “princípio epocal” (*inconcussum veritatis*). A integridade pode ser traduzida como um existencial, portanto. Eis, assim, a relação de Dworkin com o substancialismo. Veja-se, nesse sentido, a preocupação metódica de Dworkin, percebida quando ele tenta descrever os passos de Hércules, exigindo a colocação desse elemento entre o acontecer e o acontecido. Desse modo, a integridade foi colocada por ele entre o acontecer e o acontecido, tentando justificar esse último. No fundo, a virtude não é ela, porque, a rigor, não há nada entre o acontecer e o acontecido, mas sim o “estar aberto a ela”. O existencial seria, então, o que ele tenta explicar com a virtude da integridade, e não a integridade em si. Daí a alusão a Netuno, um planeta que foi descoberto “antes de ser visto”. Por isso, é razoável concluir, em Dworkin que o modo como ele demonstra a presença da integridade a traduz com um existencial, cuja ausência de descrição apofântica (ôntica) nos angustia. E essa angústia é a todo momento refletida por ele. Ver em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 353.

<sup>325</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 273.

<sup>326</sup> STRECK, op. cit., p. 354.

um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental.<sup>327</sup>

Essa noção fica mais clara, quando Lenio Streck professa no sentido de que a “tese do direito como integridade é substancialmente antirrelativista e supera subjetivismos e objetivismos”.<sup>328</sup> Ou melhor: uma resposta hermenêuticamente antidiscricionária explicitada e assentada na linguagem que supera o esquema sujeito-objeto (fruto dos pensamentos diametralmente metafísicos) passa a ser o caminho na busca de respostas corretas (ou adequadas) para cada caso concreto que batem à porta do Poder Judiciário.

Nesses aportes, o texto, para Ronald Dworkin, adquire extrema relevância na interpretação construtiva do direito (como ele denomina: *romance em cadeia*) na medida em que o intérprete (*in casu*: o juiz) deve assumir uma posição de autor e crítico literário “que destrinca as várias dimensões de valor e uma peça ou um poema complexo”.<sup>329</sup> Dito de outro modo, “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”.<sup>330</sup>

Por essas razões, que o foco de Dworkin parte da análise das teses literárias sobre a interpretação no sentido de não buscar a intenção do autor da obra, mas da forma de

<sup>327</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 263-265.

<sup>328</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 354.

<sup>329</sup> Os juízes são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide um caso introduz acréscimo não tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre a literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modos a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração e, a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semanas chuvosas nas casas de campos inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde por possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. DWORKIN, op. cit., p. 275-277.

<sup>330</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 222.

interpretar o significado de uma obra como um todo, sobre seus personagens, sobre seus eventos no decorrer da história, ou sobre o próprio texto.<sup>331</sup> Nesse sentido, decidir casos no Direito “é mais ou menos como esse estranho exercício literário”, e o próprio autor estadunidense adverte:

A similaridade é mais evidente quando juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios do Direito ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo da decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.<sup>332</sup>

Portanto, o papel e o dever do juiz “é interpretar a história jurídica que se encontra e não inventar uma história melhor”<sup>333</sup> e, com isso, “a decisão acerca desse evento se dará a partir da reconstrução institucional do direito, da coerência e da integridade,<sup>334</sup> de modo que se justifique a busca da resposta correta tal qual proposta na teoria dworkiana.

De outro vértice, na obra *Levando os Direitos a Sério* o conceito de poder discricionário “só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando

<sup>331</sup> Para Dworkin: o artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria; como pretende criar a arte, deve pelo menos possuir uma teoria tácita de por que aquilo produz é arte e por que é uma obra de arte melhor graças a este, e não àquele golpe de pincel, da pena ou do cinzel. O crítico, por sua vez, cria quando interpreta; pois embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu sendo artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor. Contudo, há uma diferença entre interpretar quando se cria e criar quando se interpreta e, portanto, uma diferença reconhecível entre o artista e o crítico. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 235.

<sup>332</sup> Ibid., p. 238.

<sup>333</sup> Ibid., p. 240.

<sup>334</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 398.

alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com os poderes estabelecidos por uma determinada autoridade”,<sup>335</sup> e não de forma solipsista. Nessa perspectiva, “a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da descoberta da indeterminação do direito”.<sup>336</sup> Nas próprias palavras de Ronald Dworkin,

Às vezes usamos ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seus discernimentos na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.<sup>337</sup>

Dworkin vai mais além do que isso, a partir a observação da atividade judicial e dos fundamentos que subsidiam as decisões dos tribunais na perspectiva estadunidense, existem outros argumentos que contradizem o poder discricionário de um conjunto de regras, quais sejam: os argumentos de princípios.<sup>338</sup>

Para o jusfilósofo, o termo princípio, tem seu significado oriundo da própria condição humana. Segundo Lenio Streck, “quando se diz que determinada pessoa é um homem de princípios, diz-se que tal homem se comporta, em suas relações com os outros e com o mundo, de modo a não ferir os padrões de conduta”. E, mais; “um homem de princípios é um homem virtuoso, porque possui a virtude (e não valor) de conduzir sua vida segundo princípios”.<sup>339</sup>

E, nos casos postos à julgamento, na verdade, segundo Dworkin, “os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”<sup>340</sup> e, portanto, em plena vigência do Estado Democrático de Direito, com os princípios não há se falar mais em abstrato, mas num mundo plenamente concreto assentado pela historicidade e pela facticidade.

<sup>335</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 50.

<sup>336</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38.

<sup>337</sup> DWORKIN, op. cit., p. 52.

<sup>338</sup> O referido autor norte americano professa no sentido de que se denomina “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. [...] A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza a orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. *Ibid.*, p. 36-39.

<sup>339</sup> STRECK, op. cit., p. 544.

<sup>340</sup> DWORKIN, op. cit., p. 129.

### 3.6 A Necessidade de uma Compreensão Hermenêutica do Processo à Luz da Constituição

Desde a concepção do Direito Processual como ciência autônoma onde o Poder Judiciário passou a ser o *locus* privilegiado de atuação para a concretização dos Direitos Fundamentais – ainda mais sob à égide do Estado Democrático de Direito –, o processo, inegavelmente, passa a ser um instrumento público para as pretensões de direito material na tarefa árdua de efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

Com isso, as reivindicações de uma sociedade globalizada e economicamente ativa aportam na urgência de uma atividade jurisdicional hermeneuticamente filtrada no cumprimento das promessas da modernidade (ditas incumpridas) delegada a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse raciocínio, o percurso encontrado pelo legislador foi o de acelerar e otimizar a denominada prestação jurisdicional através de técnicas e procedimentos de modo a dar maior garantia de um processo em menor tempo possível, ainda mais quando a Constituição estabelece a razoável duração do processo.<sup>341</sup>

---

<sup>341</sup> E por falar em tempo, para ser mais direto, em tempo razoável na tramitação do processo, a partir do Estado Democrático de Direito, vale trazer a baila os ensinamentos de Darcy Guimarães Ribeiro para quem: a questão de fundo que se apresenta para o debate reside na natureza da decisão que possibilita a antecipação do pedido incontroverso. Inicialmente cumpre destacar que esta questão está inegavelmente ligada à ideia de tempo do processo, que por razões metodológicas não poderei aprofundar. O tempo sempre foi considerado um ônus que as partes devem suportar, porém o grande desafio está em distribuí-lo entre as partes. Sabiamente, Carnelutti afirmou que “el valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido”, pois “el hecho, en último análisis, no es otra cosa que tempo, precisamente porque el tempo, a su vez, en último análisis, no es sino cambio. Por tanto, que el juez opere sobre el hecho, quiere decir que opera sobre el tiempo”. Cumpre ainda destacar as proféticas palavras de Nicolò Troker: “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece e especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição. Não se pode negar modernamente o juiz é considerado um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito, pois sua função precípua no processo é retirar o ônus do tempo de quem não pode suportar e transferi-lo para aquele que pode arcar. Para complicar ainda mais esta árdua tarefa para o doutrina, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a sua celeridade, acrescentando o inc. LXXVIII ao art. 5º da CF. Reza o citado inciso: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não obstante a atual previsão constitucional da “razoável duração do processo”, já era permitido sustentar, com anterioridade, esta possibilidade, através do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que possibilitava à parte alegar em seu benefício à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, em que o Brasil é signatário, através do art. 8.1, que prevê o direito da parte de ser ouvida dentro de um prazo razoável. Não se pode negar que este princípio constitucional tem sido forçosamente imposto pela realidade que urge por uma maior efetividade na prestação jurisdicional, já que o Estado, ao monopolizar a jurisdição, não se comprometeu a prestar qualquer tipo de tutela jurisdicional, senão uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao direito material postulado em juízo. Em contrapartida, o princípio constitucional do contraditório tem insistentemente cedido lugar a esta nova exigência legal. Cumpre aqui estabelecer certos limites entre estes dois princípios constitucionais. Para tanto, devemos esboçar algumas noções básicas sobre este princípio para posteriormente confrontá-lo com a efetividade. Este princípio também é conhecido como princípio da

E é exatamente essa questão que os juristas devem ter em conta, ou seja, o estudo do Direito Processual Civil – especificamente abordado neste trabalho – passa a ter extrema importância para o Direito, principalmente em relação à interpretação do texto constitucional que supere o modelo liberal-individualista-normativista observado, evidentemente, as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa da plenitude de provas, os quais desembocariam numa sentença de mérito e da “certeza” e/ou “segurança” do (no) direito, visto, ao que parece, insubstituível como absoluta prestação jurisdicional de declarar o direito ao caso chamado de “concreto”, sem, muitas das vezes, ater-se justamente à singularidade dos casos.

Nesse contexto, há um deslocamento do centro de decisões do Legislativo (viés do Estado Liberal) e do Executivo (os aportes Estado Social) para o plano da justiça constitucional, isto é,

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas

---

*bilateralidade da audiência*, ou, como dizem os alemães, *Waffengleichheit*, ou simplesmente *igualdad*, trazido no brocado latino *audiatur et altera pars*. Ele é uma garantia fundamental da justiça, erigido em dogma constitucional na maioria dos países, e.g., na Itália, art. 24 da *Costituziones della Repubblica*; na Espanha, art. 24 da *Constitución Española*; na Argentina art. 18 da *Constitución Nacional*; no Brasil, encontra guarida no inc.LV do art. 5º da CF. O referido princípio caracteriza-se pelo fato de o juiz, tendo o dever de ser imparcial, não poder julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de exporem suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito, pois, doutrina Chiovenda: “*como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições*”. Isso traz como consequência necessária a igualdade de tratamento entre as partes, em todo o curso do processo, não se limitando somente à formação da *litis contestatio*. Apesar de certos princípios constitucionais processuais poderem, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto, não admite exceção, devendo sempre ser respeitado, sob pena de nulidade do processo. Por ser inseparável da administração da justiça, constitucionalmente organizada, Winess Millar considera esse princípio como “*el más destacado de los principios cuestionados*”, enquanto Calamandrei o define como o “*mais precioso e típico do processo moderno*”. A partir da metade do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente através de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes de juiz. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo o qual o contraditório é “*um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz*”. O núcleo inicial da garantia constitucional do contraditório reside no direito de defesa, previsto conjuntamente no inc. LV do art. 5º da CF. Este princípio, juntamente com o direito de defesa, é tão importante que o constituinte o considerou fundamental não só aos litigantes em processo judicial, mas também administrativo, amplificado, ainda mais, a qualquer acusado em geral. A amplitude desta garantia constitucional é inegável e inquestionável na ordem jurídica. Por derradeiro, podemos concretamente afirmar que o juízo se constitui no momento fundamental do processo, enquanto o contraditório se constitui no momento fundamental do juízo. Com isso, as regras da Tutela Antecipada, contemplada no art. 273, do CPC, e, em especial a do § 6º, devem ser interpretadas tomando-as por base, de um lado, o direito fundamental ao processo dentro de um prazo razoável e, de outro, o direito fundamental ao contraditório e ao direito de defesa. Deste modo, qualquer interpretação autêntica e séria sobre a antecipação do pedido incontroverso da demanda deve ser analisada evidentemente com base nestes dois direitos fundamentais aparentemente antagônicos. Ver em: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-65.

públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já o Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário.<sup>342</sup>

Dito de outra forma, o constitucionalismo, com o advento do Estado Democrático de Direito, se consagra como um movimento social, político e, fundamentalmente, jurídico onde a Constituição é a fronteira limítrofe do poder, cujo conteúdo normativo passa ser um instrumento de ação concreta do Estado voltada à ideia garantista do texto constitucional.

Em linhas gerais, há que se destacar que o processo civil deita suas raízes inexoravelmente na tradição do direito romano, não apenas na sua contribuição aos ordenamentos jurídicos da jurisdição moderna, mas, também, pela sua revolução nas instituições processuais contemporâneas.<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

<sup>343</sup> A tradição mais antiga se encontra diretamente no direito romano, conforme a compilação e codificação de Justiniano no século VI depois de Cristo. [...] Justiniano, um imperador romano que residia em Constantinopla, *tuvo* dos motivos principais quando ordenou a preparação do que agora se chama *Corpus Juris Civilis*, sob a direção do jurista Triboniano. Primeiro, era um reacionário: considerava decadente a legislação romana de sua época; deseja resgatar o sistema legal romano de vários séculos de deterioração e restaurá-lo a sua em sua prístina natureza e renome. Segundo, era um codificador: o acúmulo de material de autoridade ou quase de autoridade havia chegado a ser tão amplo e incluía tantas matrizes e diferentes pontos de vistas, que pareceu desejável a Justiniano eliminar o que estava equivocado, obscuro ou repetitivo, para poder resolver conflitos e dúvidas e para organizar o que valia a pena conservar em uma codificação sistemática. Particularmente, Justiniano estava preocupado com o grande número, extensão e variedade de comentários e tratados escritos por eruditos legais (jurisconsultos). Tratou de abolir a autoridade de todos os jurisconsultos, exceto dos maiores de todos no período clássico, e de fazê-los desnecessários de modo que já não se escrevessem tantos comentários e tratados. Ao publicar o *Corpus Juris Civilis*, Justiniano proibiu qualquer referência posterior às obras dos jurisconsultos. As obras daquelas já aprovadas tinham sido incluídas no *Corpus Juris Civilis* e de ali em diante deviam referir-se ao Código, e não à autoridade original. Também proibiu a preparação de qualquer comentário sobre sua própria compilação. Em outras palavras, tratou de abolir toda a lei anterior, exceto a incluída no *Corpus Juris Civilis* e considerou que o que estava em sua compilação devia ser adequado para resolver qualquer problema legal, sem necessidade de recorrer à interpretação ou comentários dos eruditos legais. Logrou fazer mais efetiva sua proibição de referir-se às autoridades originais queimando alguns dos manuscritos das obras que tinham sido *recopiladas* por Triboniano. A proibição de referir-se a obras não incluídas no *Corpus Juris Civilis* efetivamente destruiu uma quantidade de material muito maior, uma vez que diminuiu o interesse em preservar e copiar as obras dos jurisconsultos que as haviam escrito. Apesar de tudo, duas ordens de não fazer comentários sobre a compilação não foram tão efetivas e foram desatendidas inclusive durante sua vida. O *Corpus Juris Civilis* de Justiniano não estava restringido ao direito civil romano. Incluía tudo que tinha a ver com o poder do imperador, a organização do império e sua ampla variedade de outros temas que os advogados de hoje classificariam como direito público. Porém, a parte da compilação justiniana que trata do direito civil romano é a que tem sido objeto mais intenso de estudo e que chegou a ser a base do sistema jurídico do mundo do direito civil. Com a queda do Império Romano, o *Corpus Juris Civilis* caiu em desuso. Os invasores aplicaram aos habitantes da península italiana versões do direito civil romano que eram mais *burdas* e menos refinadas. Os invasores também levaram consigo seus próprios costumes legais germânicos, que eram aplicados a eles mesmos, porém não a seus conquistados, baseados em sua norma jurídica de que a nacionalidade de uma pessoa a acompanha a toda a parte onde vai. Apesar disso, começou a ocorrer uma certa fusão de leis tribais germânicas com instituições jurídicas romanas em certas regiões da Itália, do sul da França e da Península Ibérica. Com o passar dos séculos, essa mescla produziu o que os europeus chamaram todavia de direito romano “vulgarizado” ou “barbarizado” e que ainda tem interesse primordial aos historiadores do direito. Quando a luz voltou a dominar a Europa, quando os europeus voltaram a dominar o Mar Mediterrâneo e quando começou o extraordinário período de fervente renascimento artístico e intelectual, chamado precisamente de Renascimento, reapareceu um interesse intelectual e erudito pelo

direito. A “renovação do direito romano” teve seu começo em Bolonha, ao final do século XI. Foi em Bolonha onde justamente apareceu a primeira universidade moderna europeia e o direito era a *matéria* que mais se estudava. O direito que se estudava ali não era o direito romano barbarizado que havia estado em vigor durante a invasão germânica, nem o corpo de leis estabelecidas e observadas consuetudinariamente pelos mercadores, pelos condados ou pelos pequenos soberanos; era o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Existiam várias razões para dar atenção preferente ao *Corpus Juris Civilis* e desatender a outros corpos jurídicos disponíveis: Primeiro, a concepção do Sacro Império Romano era muito forte e vívida na Itália do século XII; Justiniano era considerado como um Sacro Imperador Romano e ao seu *Corpus Juris Civilis* se dava o tratamento da legislação imperial. Como tal, tinha a autoridade do Papa e do Imperador temporal detrás dela. Isto a convertia em uma legislação muito mais poderosa e de muito maior alcance que a de qualquer príncipe regional, os regramentos de qualquer corporação ou os costumes do lugar. Segundo, os juristas reconheciam a alta qualidade intelectual do *Corpus Juris Civilis*. Consideravam que esta obra, a qual chamava de “razão escrita”, era superior às compilações barbarizadas que se puseram em uso durante a dominação germânica. O *Corpus Juris Civilis* levava consigo não somente a autoridade do Papa e do Imperador, mas também a autoridade de uma civilização e inteligência obviamente superiores. Em pouco tempo, Bolonha e as demais universidades do norte da Itália se converteram no centro legal do mundo ocidental. Pessoas vinham de todos os cantos da Europa para estudar o direito tal como se ensinava nas universidades da Itália. O direito que se estudava era o *Corpus Juris Civilis*. De grande importância, por seus conceitos legais e por sua especial erudição, eram os grupos de eruditos conhecidos por Glosadores e os Comentadores. Produziram uma literatura imensa, a mesma que chegou a ser objeto de estudo e de discussão a ter grande autoridade. Os que tinham estudo em Bolonha voltavam a seus países de origem e estabeleciam universidades, nas quais igualmente ensinavam e estudavam o direito do *Corpus Juris Civilis* segundo estilo dos Glosadores e dos Comentadores. Deste modo, o direito civil romano e as obras dos Glosadores e dos Comentadores chegaram a ser a base de um direito comum europeu que os historiadores do direito chamam atualmente de *jus commune*. Existia um corpo comum de leis, uma maneira comum de escrever acerca do direito, uma linguagem legal comum e um método de ensino e de estudo também comum. Com o nascimento dos Estados-nação e o auge do conceito de soberania nacional, em especial do século XV em diante, e com o abandono do conceito do Sacro Império Romano, que passou a ser uma mera ficção, a era do *jus commune* – de um direito comum na Europa – se desvairou e começou o período do direito nacional. Em algumas partes da Europa (por exemplo Alemanha) o direito civil romano e os escritos dos bolonheses foram “recebidos” formalmente como direito obrigatório (Os advogados civilistas usam o termo *recepção* para indicar o processo mediante o qual os Estados-nacionais do mundo do direito civil chegaram a incluir o *jus commune* em seus sistemas jurídicos nacionais). Em outras partes da Europa a recepção foi menos formal; o *Corpus Juris Civilis* e as obras dos Glosadores e dos Comentadores foram recebidas por seu valor como direito consuetudinário ou porque teriam a qualidade de um sistema intelectualmente superior. Contudo, de uma maneira ou de outra, o direito civil romano foi recebido ao largo de uma grande parte da Europa Ocidental, nas nações que atualmente são o santuário da tradição do direito civil. Em um dado momento, no século XIX, os principais estados da Europa Ocidental adotaram códigos, dentre os quais o Código Napoleônico francês de 1804 é o arquétipo. O tema central destes códigos civis era quase idêntico aos três primeiros livros das *Instituições* de Justiniano e do *jus commune* da Europa Medieval. Os principais conceitos eram em essência o direito comum romano e medieval e sua organização e estrutura conceitual eram similares. O segundo componente mais antigo da tradição do direito civil é o direito canônico da Igreja Católica Romana. Este corpo de cânones e procedimento foi desenvolvido pela Igreja para o seu próprio governo e para regular os direitos e obrigações dos seus adeptos. Assim como o direito civil romano que era o direito universal do império temporal, associado diretamente com a autoridade do imperador; o direito canônico era o direito universal do domínio espiritual, diretamente associado com a autoridade do Papa. Cada um teria sua própria esfera de aplicação e tinha diferentes grupos de tribunais para cada um; os tribunais civis para o direito civil romano e os tribunais eclesiásticos para o direito canônico. Contudo, existia a tendência de mesclar as jurisdições e antes da Reforma era comum encontrar tribunais eclesiásticos exercendo uma jurisdição civil, em especial quando se tratava do direito familiar ou problemas sucessórios e inclusive tinha jurisdição sobre certos tipos de delitos. O direito canônico começou no início da era cristã e tem uma história fascinante, incluindo documentos apócrifos que durante séculos foram tratados como se fossem genuínos. Várias coleções e conjuntos de materiais de direito canônico se foram compilando e no tempo do renascimento bolonhês existia um corpo importante de direito romano escrito listado para estudar-se. O direito canônico chegou a ser estudado junto com o direito civil romano nas universidades italianas e o grau conferido a um estudante que tivesse completado todo o curso de direito era *Juris Utriusque Doctor*, ou seja, doutor em ambos os direitos, referindo-se ao direito civil e ao canônico. Devido ao fato que ambos os direitos eram estudados juntos nas universidades italianas, existia a tendência de influir-se mutuamente, de modo que tanto o direito canônico como o direito civil romano ajudaram a formar o *jus commune* que foi recebido

É certo, porém, que a construção da ideia de jurisdição acompanhou a própria evolução do processo jurisdicional. Nesse sentido, a ausência da distinção do direito material e o direito processual derivou do próprio modo de os romanos perceberem a aplicação do Direito na resolução dos conflitos, “já que eram muito mais preocupados com o caso concreto, com figuras singulares e individuais, do que com o estabelecimento de áreas sistematicamente estruturadas”, conforme ensina Jânia Maria Lopes Saldanha.<sup>344</sup>

Esse palco ideológico da jurisdição, a sua memória moderna está ocupada pelo esquecimento do sentido da *jurisdictio* romana. “O conceito de jurisdição não coincide com o

---

posteriormente pelos Estados europeus. O Direito canônico teve influência no *jus commune* principalmente nas áreas do direito familiar e sucessório, direito penal e processual. Quando os tribunais eclesiásticos da Europa se vieram privados de sua jurisdição civil, os tribunais civis mesmos adotaram muitos princípios básicos e processuais e certas instituições que eles haviam desenvolvido. O *jus commune* do direito civil romano e o direito canônico era direito de aplicação geral na Europa. Desde logo, existiam também um grande número de leis locais, algumas que eram consuetudinárias e outras tinham a forma de legislação emanada de princípios, senhores, cidades e comunas. Em geral, estes tipos de direitos específicos eram considerados como excepcionais em essência e de interesse local somente. A atenção legal se dirigia ao *jus commune* em vez de fazê-lo haviam variante locais. Contudo, as regulamentações locais tiveram influência no *jus commune*. Muitos dos mais notáveis mestres do direito e eruditos legais eram também advogados que praticavam sua profissão e estavam em constante contato com o direito aplicado. O que viam no direito consuetudinário ou local, sobretudo em áreas tais como direito penal na qual o direito romano não tinha se desenvolvido bem ou que não era aplicado, ajudou a formar uma mentalidade acerca do *jus commune*. Ao mesmo tempo, sua erudição e sua convicção da superioridade do direito civil romano afetaram de modo importante o desenvolvimento das leis locais. A recepção do *jus commune* na Europa trouxe consigo o despertar de um sentimento nacionalista pela identificação e preservação – e em alguns casos pela glorificação – das instituições legais nativas. Os costumes das distintas regiões da França classificadas geralmente como *pays de droit coutimier* (regiões de direito consuetudinário) – em contraposição com as regiões geralmente classificadas como *pays de droit écrit* (regiões de direito escrito), onde o direito romano tinha uma influência dominante – chegaram a ser fonte de orgulho nacional e de interesse intelectual durante a Revolução e ainda depois quando o direito foi codificado. Com a codificação se envidaram esforços para incluir preceitos provenientes dos costumes no novo regime legal centralizado. Na Alemanha se originou uma disputa durante os trabalhos preparatórios de codificação entre os chamados “germanistas” e “romanistas” e o *borrador* do código civil proposto originalmente para a Alemanha foi rechaçado pela oposição dos germanistas. Alegaram que o projeto era puramente romano na forma e no conteúdo em detrimento das instituições legais nacionais e lograram impor-se para conseguir uma revisão que desse ao código um sabor mais germânico e não puramente romano. (32) Nesta e outras formas, o desenvolvimento de um sistema jurídico nacional em cada nação importante da Europa foi logrando certas características diretamente afins com o desejo de identificar, perpetuar e glorificar as instituições legais vernáculas. Esta tendência, no fundo, é uma das principais razões para que existam diferenças essenciais entre sistemas de direito civil da mesma época. Porém o que une abertamente essas nações entre si é que essas instituições legais nacionais se foram combinado com a forma e a essência do direito civil romano, sobre a influência de *jus commune*. A influência romana é muito grande, enquanto que o aporte legal regional, apesar de considerado, não deixa de ser acessório em termos gerais. Este não chega a tratar de assuntos gerais como atitudes legais e noções legais, u a organização e o estudo da ordem jurídica. Todos esses conceitos se tomaram da tradição do direito civil romano que era muito mais antigo, mas desenvolvido e em todo sentido muito mais elaborado. Ver a respeito em: MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 22-32.

<sup>344</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariiedade material da jurisdição*: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2012. p. 36-37.

romano de *jurisdictio*. O juiz moderno está submetido à ideia de uma jurisdição caracterizada, pela atividade declarativa e pela ausência de *imperium*”.<sup>345</sup>

Especificamente no campo do direito processual, tematizado nos dias atuais, à época da cultura jurídica de Roma, permitiu surgir uma processualística com caráter ordinário na construção do conceito de jurisdição, bem como sua relevante importância para o mundo ocidental em termos de justiça e segurança em resolver os litígios aplicando a lei ao caso concreto.

Para a doutrina mais antiga – especialmente para os romanistas do século passado – somente o processo da *actio*, que se desenvolvia através do procedimento do *ordo iudiciorum privatorum*, possuía natureza jurisdicional. Nessa mesma linha, Ovídio A. Baptista da Silva, na concepção estreita de jurisdição, como simples declaração de direitos,

estava firmemente consagrada em direito romano, como consequência da oposição entre os conceitos de *iurisdictio* e *imperium* de modo que a jurisdição acabou sendo limitada ao procedimento ordinário – procedimento do *ordo iudiciorum privatorum* –, dado que o pretor romano não pode ele próprio proclamar diretamente a existência de um determinado direito.<sup>346</sup>

Nesses aportes, é inseparável a concepção romana no processo civil, como observa Giuseppe Provera, justamente “na ideia da bilateralidade subjetiva feita nas várias épocas, modos e formas diversas que tiveram profundamente incidido sobre a estrutura do procedimento”,<sup>347</sup> concomitantemente, com situações de identificação, interpretação e a incidência concreta de normas instrumentais que regulem as atuações dos sujeitos e dos Tribunais tendentes à concretização jurisdicional dos Direitos fundamentais-sociais, “cujo conjunto dessas normas, recortado no âmbito do direito público, constitui, como leciona José Lebre de Freitas, o direito processual civil”.<sup>348</sup>

Nesse cenário, com as sábias palavras de Ovídio A. Baptista da Silva, para quem o processo de conhecimento, como processo declaratório e, além disso, por natureza ordinária,

<sup>345</sup> Cf.: ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47-63.

<sup>346</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25-26.

<sup>347</sup> PROVERA, Giuseppe. *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Tornino: Giappichelli, 1970. p. 6.

<sup>348</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 09.

a verdade é proclamada, depois em um amplo debate judicial, como resultado de um *juízo de certeza*, obtido pelo magistrado através da utilização integral dos meios de ataque e defesa pelos litigantes, será indiscutivelmente o instrumento capaz de abrigar essa espécie de filosofia política que tem, na ideologia da separação dos poderes, sua base de sustentação.<sup>349</sup>

De todo modo, o acesso à prestação jurisdicional não pode mais restringir-se tão somente a possibilidade do cidadão bater às portas do Poder Judiciário, mas, pelo contrário, o acesso à Justiça deve ser visto como uma prestação de um serviço célere e constitucionalmente democrático que atenda eficazmente os anseios da sociedade. O sistema processual em plena vigência – Código de Processo Civil – ao ordinarizar o processo de cognição para inúmeras demandas em diferentes matérias, pretendendo suprimir ações de cunho especial, revela a sua identidade no sentido de ampliar seu horizonte à luz da Constituição, cujo contexto sentencial não se resume puro e simplesmente no ato intelectual que o juiz possui de declarar apenas o “sentido” da lei, pelo contrário, a resposta vem a partir do modo de ser-no-mundo para ver realizado o direito em sua plenitude.

Por isso, fora dado ao direito processual a sua característica de autonomia do direito material,<sup>350</sup> cujo fenômeno da ordinarização, enraizada no processo civil brasileiro, vem consagrado com suas garantias constitucionais, (contemplado pelos princípios do devido processo legal, isonomia, contraditório, acesso à justiça, juiz natural, inafastabilidade do controle jurisdicional, o duplo grau de jurisdição apenas para ficar nesses) porém, ainda muito aquém da efetividade da devida prestação da tutela jurisdicional.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 117.

<sup>350</sup> Da autonomia da relação jurídica processual frente à relação de direito material decorre, inafastavelmente, a autonomia do direito processual civil em face de qualquer dos outros ramos da ciência jurídica, pois que indubitoso se tornou o seu objeto próprio, qual seja a prestação da tutela jurisdicional. Certamente por isso a obra de Bülow é considerada o grande marco da ciência processual, porquanto vislumbrada pelo grande processualista a distinção entre aquelas relações. Embora antigo o processo, é moderníssima a ciência processual. Mesmo que a partir do advento da ordenança francesa, outorgada por Luís XIV em 1667, a regulação do processo tenha tomado fisionomia legislativa própria, continuou sendo ele tratado como apêndice do direito material; não houve preocupação com a ordem científica, limitando-se seu conteúdo ao aspecto externo, com proliferação das *práticas* e das *praxes*. O processo como ciência jurídica só surgiu realmente, a partir da obra de Bülow, em 1868. O direito processual civil é dotado não só de objeto, como também de princípios e regras próprias que constituem um todo orgânico, definido e delimitado. Ver a respeito em: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33-34.

<sup>351</sup> É importante destacar, no tema das relações entre o direito material e o direito processual, a perspectiva de Oscar Bülow, centra-se em colocar como conceitos fundamentais a relação jurídica processual e os seus pressupostos. Relação essa que se desenvolve de modo progressivo, como relação jurídica de natureza pública, distinta da relação jurídica material que lhe dá fundamento. Nesse sentido, os pressupostos processuais constituem, no fundo, um programa que conduz a uma plena separação do direito material e do processual. Bülow, desenvolve melhor as relações entre o direito processual e o direito material a partir da aptidão para a ação de uma pretensão não propriamente um direito autônomo, mas meramente uma qualidade

Mas é o abrir da janela para o século XXI, nas palavras de Jânia Maria Lopes Saldanha, “que suscita, descortina e impõe diferentes racionalidades”,<sup>352</sup> ainda mais quando o Estado monopoliza para si a atividade da jurisdição e se compromete a prestar a justiça, cuja ação processual civil é o meio e modo para obtenção indissociável ligado à realização dos direitos fundamentais.<sup>353</sup>

Os juristas, agora, precisam reconhecer que as técnicas processuais servem às funções sociais que causam um forte impacto na sociedade que, para Mauro Cappelletti, se prestam, inclusive, para

a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário tem um efeito importante sobre forma como opera a lei substantiva e com que a frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas.<sup>354</sup>

---

correspondente à maioria das espécies de pretensão do direito privado, mais exatamente a qualidade de realizabilidade processual autônoma e cogente. Ver em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 36.

<sup>352</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição*: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2012. p. 182.

<sup>353</sup> Segundo Darci Guimarães Ribeiro: La acción procesal es un mecanismo natural para la realización de la pretensión a la tutela jurídica que sería incompleta sin aquella, pues de nada sirve un poder para excitar esta pretensión si no se tiene, correlativamente, la posibilidad de ejercerlo. El estudio del momento dinámico o procesal del acceso a los tribunales se inicia con en el estudio de la acción procesal, que presenta, según Serra Domínguez, tres puntos esenciales: *si la acción es un derecho, poder, una facultad o una posibilidad; si tiene carácter concreto, es decir, presupone una sentencia favorable, o abstracto, una sentencia de cualquier contenido; y por último, si va dirigida contra el Juez, contra el Estado o contra el adversario*. La aparente simplicidad que pueden presentar estos temas se deben más a la elegancia de la exposición del autor que al contenido de los mismos, pues, la opción por uno de ellos se refleja en distintos institutos jurídicos. La acción procesal, como ejercicio de la pretensión a la tutela jurídica, presupone, lógicamente, un agere, en el sentido físico y común de la palabra, pues necesita una actividad humana para realizarse, razón por la cual muchos autores afirman, acertadamente, que la acción es un acto.[...] Entendemos también que la acción procesal es un derecho subjetivo, pues, no obstante asegurarse a todos los ciudadanos el derecho de acceso a los tribunales, cada uno de ellos cuando ejercita la pretensión a la tutela jurídica individualizada lo suyo, es decir, a pesar de que todos poseen el derecho de acción procesal en virtud del monopolio de la juriscicción, solo a través del concreto derecho subjetivo puede ejercerse el derecho de acción. Cada individuo puede ejercer su propio derecho de acción procesal sin posibilidad de interferir en el derecho de acción ajeno. [...] Cuando se trata de la acción procesal estamos ante lo que algunos autores suelen llamar *derecho subjetivo fundamental o derecho cívico*. La acción procesal además de ser un derecho subjetivo inmediato también presenta un carácter público, no sólo por el hecho de dirigirse contra el Estado, sino también porque *en la efectividad de su ejercicio está interesada la comunidad, que ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución*. Modernamente, el derecho de acción forma parte de los llamados derechos fundamentales y encuentra sus directrices en las constituciones más recientes. Ver em: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*: hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 86-92.

<sup>354</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acceso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12-13.

Sendo assim, é preciso ter presente que o termo “processo” está reservado e intimamente ligado ao exercício do Poder Jurisdicional, ou seja, conforme Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “o processo é o procedimento jurisdicional que tem a finalidade de um provimento jurisdicional”.<sup>355</sup> E essa visão de caráter individualista que muitos juristas têm do processo, baseada na ideia de um juiz arbitrário (solipsista da modernidade), está em total desacordo com o atual paradigma constitucional, na medida em que sob os fundamentos que constitui o Estado Democrático a construção do Direito é feita por seus destinatários e visa justamente às transformações sociais, onde o processo tem como função instrumental precípua à observância do devido processo legal, contraditório, efetividade e, principalmente, uma tramitação razoável, se faz imprescindível à necessidade de fundamentação.

E é exatamente isso: a evolução desse (novo) paradigma de Estado de Direito, com suas idiossincrasias, impôs outras consequências não somente ao direito, mas também à comunidade que passa a dispor de um Poder Judiciário autônomo que reflete nas suas decisões e, dessa maneira, “o cidadão vislumbra um papel democrático do Judiciário comprometido com o Estado e com a Constituição”.<sup>356</sup>

Dentro de um contexto de Estado Democrático de Direito, entre os princípios e garantias constitucionais do processo, há que se ater à dignidade constitucional por respeitarem aos direitos considerados fundamentais:

O direito de acesso aos tribunais englobando o direito de ação e o direito de defesa, exercido perante um Poder Judiciário independente e imparcial; o princípio da equidade, nomeadamente nas vertentes da contrariedade e da igualdade formal das partes; o princípio do prazo razoável e o da tutela jurisdicional efetiva, respeitando, ainda, o princípio da publicidade; o princípio da decisão judicial, principalmente, na sua forma de princípio da fundamentação, cujos conjuntos destas garantias constitucionais constituem o direito à jurisdição.<sup>357</sup>

Evidentemente, que o processo, na atual conjuntura interpretativa do direito de cunho hermenêutico, não pode (e não deve) estar dissociado/desvinculado da Constituição, sob pena de distanciar-se da justiça social e dos direitos humanos fundamentais, os quais foram frutos da tradição, experiência, facticidade e historicidade que, – muitas vezes restaram suprimidas nas etapas anteriores –, ainda precisam ser concretizadas.

---

<sup>355</sup> OLIVEIRA, Cattoni de. Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 194.

<sup>356</sup> De acordo com: MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60.

<sup>357</sup> Ver em: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.p. 82.

Essa percepção, conforme aponta Manfredo Araújo de Oliveira “é no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente donos do sentido”,<sup>358</sup> ou seja, a hermenêutica, do ponto de vista de Hans-Georg Gadamer, significa a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história.

Nesse sentido, “faz parte da condição de ser-no-mundo elaborar projetos corretos e adequados às coisas. Na condição de projetos, são antecipações que nas coisas devem ser confirmados. Essa é a tarefa de todo o processo de compreensão”.<sup>359</sup> E o processo de compreender, como condição de possibilidade, passa profundamente pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger que possibilitou o avanço interpretativo para dentro das reflexões e evoluções filosóficas superando as aporias do historicismo e faticidade.<sup>360</sup> É dizer: “o homem é, em sua essência, ‘a memória do ser’, ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser”,<sup>361</sup> e, para Heidegger, só se pode falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, aí onde o ser de desvela, se abre, ou seja, no homem.

O famoso círculo hermenêutico, segundo François Ost, encontra aqui a sua tradução temporal: “a troca semântica entre o mundo do texto e o mundo do intérprete é, aliás, a reversibilidade histórica em acto, o diálogo entre pedaços de resposta formulados no passado e interrogações expressas no presente”.<sup>362</sup> E, o referido autor, ainda, pontua:

A tradição é imediatamente caracterizada por dois aspectos: a continuidade e a conformidade. Por um lado, há ligação a uma dada fonte de anterioridade; por outro, existe alinhamento num determinado foco de autoridade. A tradição é uma anterioridade que constitui autoridade; ela é um código de sentidos e valores transmitidos de geração em geração, constituindo uma herança que define e alimenta uma ordem: ela ordena em todos os sentidos da palavra. O essencial na tradição é, pois, a autoridade reconhecida ao passado para regular, ainda hoje, as questões do presente.<sup>363</sup>

O ponto a ser compreendido, e aqui vale os ensinamentos de Hannah Arendt, no sentido de que “é a linguagem e as experiências humanas fundamentais que existem por trás

<sup>358</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 227.

<sup>359</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 218.

<sup>360</sup> O homem, ser histórico, quando perguntam já o faz dentro de uma tradição cultural específica: nós, ocidentais, quando tratamos da linguagem, já o fazemos dentro de uma concepção que se elaborou na metafísica clássica, transferiu-se mais tarde para as ciências da linguagem, chegando hoje à concepção tecnocientífica da linguagem. OLIVEIRA, op. cit., p. 201-202.

<sup>361</sup> Ibid., p. 201.

<sup>362</sup> OST, François. *O tempo e o direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 32.

<sup>363</sup> Ibid., p. 64-65.

da linguagem, e não a teoria, que nos ensinam o que é as coisas do mundo”.<sup>364</sup> Dito de outra forma, é com a linguística e atos que nos inserimos no mundo. Nessa perspectiva, há uma questão filosófica em discussão que abre o espaço para o debate no sentido de que é preciso dar (novas) formas e solidez à atividade jurisdicional, alinhado ao modo de ser no mundo, atento aos anseios de uma sociedade, constituída democraticamente, e sempre a partir dos princípios basilares da Constituição.

Sob esse aspecto, no âmbito do processo, e vale socorrer dos ensinamentos de Cristina Reindolff da Motta, “uma constitucionalização dos textos do Código de Processo Civil se tem ao menos à aplicação voltada para o sentido da Constituição”,<sup>365</sup> consubstanciada na noção prévia do que se compreende os objetivos do Estado Constitucional Democrático como forma privilegiada dos princípios apontados pelo texto constitucional.

Na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual civil, – porque não dizer também: constitucional –, os princípios impõem aos órgãos jurisdicionais o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios,

com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes), ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários (erros de fato e de direito), por meio da interposição de recursos.<sup>366</sup>

Resumidamente, é por meio do processo que efetivamente se realiza do direito, ou seja, “o direito material resta à mercê da instrumentalidade que lhe oferece o processo, respaldado pelas garantias sociais que a Constituição prevê”<sup>367</sup> e, portanto, o controle (democrático) das decisões deve – inevitavelmente – passar pelo crivo do Direito Constitucional.

Com isso, J. J. Gomes Canotilho chama atenção para a “dimensão juridicamente criadora da concretização como atividade normativa vinculada ao processo concretizador dentro dos quadros normativos-textuais da Constituição”,<sup>368</sup> ou seja, a concretização da

<sup>364</sup> ARENDT, Hannah. *Condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 189.

<sup>365</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60.

<sup>366</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito: processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 567.

<sup>367</sup> Cf. MOTTA, op.cit., p. 61.

<sup>368</sup> CANOTINHO, J. J. G. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 82, p. 12, 2006.

Constituição (como norma) é apenas um método interpretativo que vincula intérprete ao seu conteúdo.

Nessa senda, é inexorável que a fundamentação não é trazida para dentro da Constituição de forma aleatória e sem propósito, é exatamente ao contrário, na medida em que fundamentar é um ônus determinante no momento da prolação da decisão e não mera faculdade do julgador. E, por isso, nas pegadas de Lenio Streck, “à evidência exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores”,<sup>369</sup> justamente a fim de que se evite decisionismos por parte do juiz quando da aplicação tanto da norma infraconstitucional quanto, principalmente, da norma constitucional.<sup>370</sup>

Enfim, tal apego ao instrumentalismo processual se justifica no sentido de (re)pensar o papel da atividade da jurisdição, a partir dos princípios esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, o processo como instrumento de realização de direitos, devendo os atores jurídicos estar atentos para as novas transformações que estão acontecendo a sua volta, pois o homem inserido (e faz parte) na (da) história já compreende que à imposição constitucional da necessidade de fundamentar a decisão vem assentada na ideia precípua da efetiva democracia.

---

<sup>369</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

<sup>370</sup> Na concretização da função jurisdicional, conforme Ronaldo Brêtas, os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais ou os chamados *provimentos*, sob influência da doutrina italiana, são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, porque jamais poderá ser arbitrário, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do Estado Democrático de Direito. Em razão disso, essa manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (*devido processo constitucional*), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (*devido processo legal*), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público julgador (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou para a utilização de hermenêutica canhestra fundada no prudente (ou livre) arbítrio ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito: processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 569.

## **4 O DEVER DO INTÉRPRETE FRENTE À CONSTITUIÇÃO: A RESPOSTA FUNDAMENTADA SOB PENA DA FRAGILIZAÇÃO DA DEMOCRACIA**

Diversos são os termos utilizados pela doutrina no que diz respeito aos aclamados direitos fundamentais, (direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, direitos subjetivos públicos etc.), na contemporaneidade o assunto em voga pela comunidade jurídica, porém, aqui não se pretende conceituar cada uma delas, mas, sim, tratar de forma ampla colocando o debate em pauta direcionada à fundamentação da decisão, isto é, uma imbricação constitucional dos artigos 5º e 93, inciso X da Constituição Federal.

A positivação dos direitos fundamentais, segundo J.J. Gomes Canotilho, “significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”.<sup>371</sup> Os direitos fundamentais, portanto, deitam suas raízes inegavelmente na evolução histórica, como demonstrada no primeiro capítulo, fruto de inúmeras revoluções e impasses entre Estado e burguesia que buscavam maiores garantias frente ao poder estatal, cujos princípios basilares vinham (e vêm) assentados na liberdade e dignidade da pessoa (direitos de primeira dimensão), na igualdade (direitos de segunda dimensão) e na fraternidade (direitos de terceira dimensão), que tiveram (e ainda têm) a sua passagem e fundamentos assentados no constitucionalismo de matriz inglesa, francesa e estadunidense.

### **4.1 O Papel do Direito Constitucional e o Princípio Democrático**

Vale destacar, inclusive, o preâmbulo da nossa Carta Magna, a partir de uma filtragem hermenêutica, no sentido de que é indiscutível que todo o nosso ordenamento jurídico passe pelo texto constitucional, principalmente, pelos direitos fundamentais.<sup>372</sup> Ingo Wolfgang

<sup>371</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 377.

<sup>372</sup> Segundo Antonio Manuel Peña Freire, para quem, la relación de los derechos fundamentales con los elementos externos, determina las funciones de aquéllos en contexto constitucional al tiempo que parece exigir una plasmación normativa específica a fin de que el derecho pueda afrontar los cometidos y condicionantes axiológicos descritos y afectar a todo el ordenamiento y la actividad del Estado. Las funciones axiológicas de los derechos fundamentales y su doble naturaleza – externa, como fenómenos de expresión de los valores definitorios de la centralidad de la persona e interna, como elementos jurídicos que pretenden garantizar estos valores – justifican el análisis que sigue en la medida en que a las normas constitucionales, y particularmente a aquellas referidas a los derechos fundamentales, les no de aplicación los mismos criterios hermenéuticos que al resto de las normas del ordenamiento y que cualquier cesión flexibles o valorativos constituye una práctica de carácter filosófico o moral pero no jurídica. Frente a esta tesis, entendemos que la singularidad de los derechos fundamentales es real y que es debida tano la supremacía constitucional, elemento definitorio del modelo jurídico, como a las funciones y vínculos axiológicos que asumen los derechos fundamentales a causa de su intensa relación con los valores externos y centrales que los fundamentan. La incorporación de valores o principios básicos al ordenamiento permite romper con la casuística que caracterizaba al tratamiento jurídico-liberal de los derechos en las constituciones liberales. El

Sarlet ressalta que a Constituição brasileira se caracteriza pela diversidade semântica, utilizando diversos termos para tratar os direitos fundamentais com várias expressões distintas, a saber: “direitos humanos (art. 4º, inciso II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV)”.<sup>373</sup>

Nesse sentido, uma definição de direitos fundamentais, seja ela formal ou estrutural, “pode ser evidenciada pela característica de universalidade que há no sentido de que podem ser reconhecidos, em todos os povos, como um apanágio na qualidade de cidadão”,<sup>374</sup> como define Luigi Ferrajoli e, portanto, tem caráter absoluto, indisponível, imutável e, principalmente, garantido.

Dito de outro modo, o significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do cidadão frente às intervenções injustificadas do Estado corresponde seu significado jurídico objetivo como preceitos negativos da competência que, para Konrad Hesse, “as competências legislativas, administrativas e judiciais encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção”. E continua:

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos garantidos para sua contínua atualização corresponde seu valor de peça fundamental do ordenamento democrático, do Estado de Direito e – se bem que em proporção reduzida – da ordem federal, que, por sua vez, unicamente podem

---

marco constitucional es incierto, dinámico y a la vez con vocación de proyección sobre el resto del ordenamiento. Los referentes constitucionales, en mayor medida que el resto de las normas jurídicas, no son precisos y siempre requieren un grado de interpretación muy elevado dada la proximidad a elementos valorativos integrantes de la moralidad crítica, la generalidad de las normas constitucionales su carácter plural y la necesidad de integrar distintas posibilidades de comprensión o desarrollo en un conjunto de funciones que determinarán el sentido de resto del ordenamiento, y que finalmente podrá generar tensiones y contradicciones entre las distintas visiones que se tengan del contexto constitucional. La generalidad e imprecisión de los enunciados normativos de la constitución y su relación con referentes externos plurales son las causas de que sus necesidades y posibilidades interpretativas sean mucho mayores. Las normas constitucionales, por lo tanto, precisan de un proceso de concreción que sólo puede realizarse mediante una peculiar actividad interpretativa en la que se expresarán tensionalmente los valores e intereses sociales y económicos o los posicionamientos éticos que afectan al sistema jurídico en una conexión que no está desprovista de sentido. Si hemos caracterizado a los derechos fundamentales a partir de las funciones axiológicas desarrolladas, es decir, por la expresión intensa de los valores de la dignidad, la libertad o la igualdad, y hemos advertido que los valores se proyectan expanden por el ordenamiento a través de los derechos, es evidente que de la configuración jurídica precisa de éstos dependerá el grado de garantía ofrecido. FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 111-112.

<sup>373</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33-34.

<sup>374</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Il fondamento dei diritti unami*. Pisa: Servizio Editoriale Universitario, 2000. p. 08.

tornar-se efetivos se são vivificados mediante a atualização dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos.<sup>375</sup>

Calha lembrar, a expressão “direitos fundamentais” surgiu somente no século XVIII na França (*droits de l’homme*). Aliás, afirma Cristina Reindolff da Motta que “o surgimento dos direitos fundamentais nas concepções atuais, entretanto, deu-se como meio de a burguesia estabelecer condições, garantias mínimas de igualdade e de liberdade no Estado que estava a surgir”.<sup>376</sup> Ou seja, com a formação do Estado – e agora com Estado Constitucional – se faz necessário regras, direitos e deveres para que cada instituição cumpra seu papel a partir da Constituição a fim de cumprir as promessas da Modernidade. Acima de tudo, resta mais do que evidente que os direitos fundamentais emergem dos direitos constitucionais como dever fundamental que reside na Constituição, ou talvez melhor na sua previsão constitucional, o que significa que “a ausência de uma disposição constitucional a prever os deveres obsta o seu reconhecimento, isto é, os deveres fundamentais como deveres constitucionais”,<sup>377</sup> como afirma José Casalta Nabais.

E, aqui é importante refletir. O jurista que não se dá conta desse fenômeno linguístico no sentido de que a Constituição ainda constitui a ação, e a ausência desse reconhecimento dos direitos fundamentais como garantia constitucional estará percorrendo um caminho inóspito e longe dos princípios do Estado Democrático de Direito. Sob nesse panorama, os direitos fundamentais para Konrad Hesse influem em todo o Direito,

inclusive o Direito Administrativo e o Direito Processual, não só quando tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares. Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.<sup>378</sup>

Aliás, também, a democracia exige desse (novo) modelo de Estado de Direito um ambiente e uma cultura apontada para os direitos fundamentais, pois, sem esses direitos não há verdadeira democracia, isto é, “os direitos fundamentais são condição do regular

<sup>375</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

<sup>376</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 120.

<sup>377</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 153-181, jan./mar. 2003.

<sup>378</sup> HESSE, op. cit., p. 39.

funcionamento da democracia”,<sup>379</sup> como professa Jorge Reis Novais. Dito de maneira mais simples, sem a possibilidade de exercício dos direitos e de limitação do poder estatal, designadamente, elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são considerados elementos básicos para a realização do próprio princípio democrático.<sup>380</sup> Nessa ordem democrática, entendida como forma de exercício predominantemente política, cujas decisões devem percorrer precisamente pelos princípios ético-políticos vigentes no Estado constitucional como indetificação dos direitos fundamentais jamais poderão ser suprimidos, tampouco subtraídos de seus titulares.<sup>381</sup>

Evidentemente, diante das novas realidades sociais e econômicas o discurso sobre os direitos humanos passou a ser o foco das atenções do mundo global pelo fato das diversas

<sup>379</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 20.

<sup>380</sup> Para J.J. Gomes Canotilho, a Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se decidiu por uma teoria em abstrato. Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica. Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. Com efeito, a Constituição respondeu normativamente aos problemas da legitimidade-legitimação da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais: normativo-substancialmente, porque a Constituição condicionou a legitimidade do domínio político à prossecução de determinados fins à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática); normativo-processualmente, porque vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que método ou técnica de os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 287-288.

<sup>381</sup> Conforme explicita Luigi Ferrajoli, he caracterizado la constitución democrática como una ley de grado supraordenado a cualquier otra, que transforma principios ético-políticos externos al derecho vigente en *principia iuris et in iure*, es decir, en normas positivas internas al ordenamiento, y por tanto genera, como *principia iuris tantum* por no consistir en normas positivas ellos mismos, los deberes de la coherencia y la plenitud en la producción, en la interpretación y en la aplicación de las normas a ella subordinadas. Los principios *iuris et in iure* constitucionalizados se han distinguido a su vez en dos grandes clases, complementarias entre sí, unos como instrumentales respecto de los otros. Los principios de la primera clase, que constituyen las normas de reconocimiento de la institución política, son los expresados, usualmente en la segunda parte de las cartas constitucionales, por los poderes públicos, en la representatividad de las funciones de gobierno y en su separación de las funciones de garantía. Los principios de la segunda clase, que diseñan la razón social de la misma institución, son los expresados, usualmente en la primera parte de las constituciones, por la normas sustanciales sobre la producción consistentes en los derechos vitales estipulados para todos y cada uno. Bastaría esta su función de reglas, límites y vínculos impuestos a los poderes públicos, incluso mayoritarios, como garantía de los derechos de todos para excluir que las constituciones sean normas igual que las demás, a disposición de la mayoría misma, y para reconocer su naturaleza de pactos no pueden dejar de ser garantía para todos los jugadores, incluso para las minorías y las oposiciones. Si tienen por destinatarios a los poderes constituidos por ellos, no pueden ser modificados, derogados o debilitados por esos mismos poderes, sino sólo ampliados y reforzados. En fin, si la mayor parte de sus normas sustanciales se identifica con los derechos fundamentales, éstas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los derechos fundamentales. Se comprende por eso cómo la forma constitucional de la democracia vale para superar todas las aporías que afligen, al paradigma puramente político o formal. Puesto que los derechos fundamentales son normas téticas, bien podemos decir que de las normas constitucionales sustanciales que los establecen son titulares las mismas personas a las que se confieren tales derechos; y que por eso la constitución, en su parte sustancial, es imputada, en el sentido jurídico del término, a todos y a cada uno: al pueblo entero y a cada persona que lo compone. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 46-47.

violações cometidas. Contudo, esses fatos ensejaram uma reação internacional que culminou com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, que marcou o início da codificação, do reconhecimento, da defesa e da promoção dos direitos humanos na esfera internacional. A essa primeira codificação seguiram-se dois instrumentos internacionais sobre direitos humanos, adotados em 1966: a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, na sequência, proliferaram diversos tratados internacionais que buscaram disciplinar e salvaguardar essa categoria de direitos, com a esperança de que a inserção desses valores em textos jurídicos fosse a solução definitiva para a sua proteção e seu respeito.<sup>382</sup>

Nessa perspectiva, cabe destacar os ensinamentos de Bolzan de Moraes: “pensar a concretização dos direitos humanos, como expressão fundamental da dignidade da pessoa, deve-se lançar mão da utilização dos instrumentos procedimentais para fazer valer o próprio texto constitucional, disponível ao alcance do homem”.<sup>383</sup> Assim, em situações individuais pode-se elencar o habeas corpus, o habeas data e o mandado de segurança; para situações coletivas temos o mandado de segurança coletivo; para situações que envolvem interesses difusos temos ação popular, a ação civil pública, além das possibilidades postas pelo mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, claro, ressalvada a difícil tarefa de concretização desses importantes direitos.

Enfim é preciso que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do prisma da jurisdição constitucional, cuja finalidade é dar mais eficácia aos direitos e garantias fundamentais na busca incessante de uma sociedade democrática, justa e solidária que vise erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

#### **4.2 O Protagonismo Judicial: uma decisão que ameaça a democracia**

Diante desse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, é inexorável que o Direito Constitucional passa a apontar para a horizontalidade dos direitos fundamentais, mormente em países periféricos de modernidade tardia,<sup>384</sup> como o Brasil. Assim, a jurisdição

---

<sup>382</sup> Ver em: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. *20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 260.

<sup>383</sup> Cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 101.

<sup>384</sup> Em tempos de globalização, é inexorável que a questão da função do Estado e do Direito seja (*re*)discutida, assim como as condições de possibilidades da realização da democracia e dos direitos fundamentais em países saídos dos regimes autoritários, carentes, talvez, de uma segunda transição (Guillermo O'Donnell) . O

constitucional<sup>385</sup> passa ser o *locus* para a concretização desses direitos. E com os princípios não se analisa mais um ser-no-mundo em abstrato, mas, sim um ser-no-mundo concreto. Nessa perspectiva de Estado Democrático, a *Nova Crítica Hermenêutica do Direito*, iniciada por Lenio Streck, na sua obra *Verdade e Consenso*,

parte da elaboração de uma análise antimetafísica (clássica e moderna), porque a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem, deixa de ser um terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinnggebung*).<sup>386</sup>

O fato é que, o texto constitucional, hermeneuticamente filosófico,<sup>387</sup> abarca e sujeita todo e qualquer texto infraconstitucional como referencial para aplicação de sua força normativa e, portanto, a fundamentação esculpida no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não é trazida ao ordenamento jurídico como faculdade

---

(dominante) discurso desregulamentador – atravessado/impulsionado pelo fenômeno da democracia delegativa – *adjudica sentidos* em nosso cotidiano, tentando nos convencer de que a modernidade acabou. Pois é justamente neste contexto que estas reflexões se inserem, buscando a construção de um discurso que aborde criticamente o papel do Direito, do discurso jurídico e a justificação do poder oficial por meio do discurso jurídico em face da problemática da relação Direito-Estado-Dogmática Jurídica. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23.

<sup>385</sup> No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido da Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”, entre “constitucionalidade” e “legalidade”, como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica. Essa separação metafísica denuncia, em certa medida, o modelo frágil de jurisdição constitucional que praticamos no Brasil, *o que inexoravelmente redundará em um conceito frágil acerca da Constituição*, fenômeno que não é difícil de constatar a partir de uma análise acerca do grau de (in)efetividade do texto constitucional em vigor. Ver a respeito STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

<sup>386</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

<sup>387</sup> Vale trazer à baila, segundo Dworkin, as teorias geralmente classificadas como “não interpretativas” – as que nos parecem mais ativistas ou liberadas do texto efetivo da Constituição – são claramente interpretativistas em qualquer sentido plausível. Elas não desconsideram nem o texto da Constituição nem os motivos dos que a fizeram; antes procuram colocá-los no contexto adequado. Os teóricos “não interpretativos” afirmam que o compromisso de nossa comunidade jurídica com esse documento particular, com esses dispositivos estabelecidos por pessoas com esses motivos, pressupõe um compromisso *prévio* com certos princípios de justiça política que, se devemos agir com responsabilidade, devem por conseguinte, ser refletidos pela maneira como a Constituição é lida e aplicada. Essa é a antítese de um argumento de “*tábula rasa*” e um paradigma do método da interpretação. Não considera nem o texto nem a intenção original, propondo em vez disso uma teoria que nos ensina como descobrir o que significa o primeiro e o que é segunda. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 45.

alcançada pelo julgador, mas como ônus determinante para a prolação da decisão.<sup>388</sup> Como lembra sempre Lenio Streck, “os textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação”,<sup>389</sup> pois, caso contrário, o intérprete estará sujeito ao poder discricionário quanto à aplicação da norma tanto constitucional quanto infraconstitucional. Nessa zona interpretativa do direito, um dos problemas levantados por Rafael Tomaz de Oliveira diz respeito exatamente ao conceito de norma que, segundo o autor,

o conceito de norma assume um colorido *transcendental*, um *a priori* necessário para o conhecimento jurídico, algo similar ao que Kant já havia feito com conceitos jurídicos tradicionais como *posse*, *propriedade*, *contrato*, *matrimônio* etc. Em sua estrutura formal, a norma jurídica se reveste de um forma deôntica da qual se pode deduzir uma *proibição*, uma *permissão*, ou uma *ordem*, que confere ‘poder’ (ou um ter competência) para agir de determinada maneira. *Na interpretação do direito* estamos diante de um *ato de vontade* e que, portanto, não pode ser pensado pela razão pura teórica; ao passo que, na interpretação da ciência do direito estamos diante de um *ato de conhecimento*, que deve obedecer aos padrões objetivos das ciências.<sup>390</sup>

Nessa perspectiva, podemos citar, também, a grande discussão acerca da distinção (ou diferença) entre regras e princípios que dão azo justamente à decisionismos judiciais próprio do modelo positivista estimulado pelas teorias da argumentação jurídica que, nas palavras de Rafael Tomaz, distinguir regras de princípios, “representa uma operação de classificação normativa que se movimenta num nível puramente semântico, que não problematiza, radicalmente, o problema da interpretação num nível pragmático-existencial (Hermenêutico)”.<sup>391</sup>

A questão está no poder do juiz que, por sua vez, resolve-se no poder de decidir a controvérsia, o qual, segundo Nicola Picardi,

o aumento dos poderes do juiz pode ser considerado pelo menos de um duplo ponto de vista: poder do juiz entendido como função, isto é, poder de resolver a controvérsia singular que lhe foi submetida; e poder dos juízes, entendido como estrutura ou instituição, isto é, poder atribuído a um

<sup>388</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61.

<sup>389</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

<sup>390</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193-194.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 193-194.

complexo de órgãos (a chamada administração da justiça, em relação à organização compreensiva da sociedade).<sup>392</sup>

Com isso, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, adverte Lenio Streck, “aparece no contexto das teorias positivistas a partir do momento da descoberta da indeterminação do direito”.<sup>393</sup> Nesse aspecto, impõe ao juiz expor na motivação as *razões* que justificarão a sua decisão, a motivação é, portanto, segundo Michele Taruffo “um discurso justificativo constituído de argumentos racionais. Obviamente, isso não exclui que em tal discurso não haja ainda aspectos de caráter retórico-persuasivo, mas tais aspectos são secundários e não necessários”.<sup>394</sup>

Nessa linha de raciocínio, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas, que “os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos dos Tribunais) deixam claro que estão julgando de acordo com a sua consciência ou seu entendimento pessoal sobre o sentido da lide”,<sup>395</sup> nas palavras de Lenio Streck, ou seja, um ponto fulcral sob o manto do poder discricionário dos juízes. Dito de forma mais direta: o protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos, diga-se de passagens, muitas vezes, às avessas.

Para tanto, a visão do protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática que, segundo Dierle José Coelho Nunes,

---

<sup>392</sup> Uma primeira orientação atribui ao juiz a função de “descobrir” as regras; escavando no magma do direito, estendendo ou restringindo, integrando ou corrigindo o dado normativo, o juiz desenvolve uma série de operações hermenêuticas, a sua vez sofisticadas, dirigidas a descobrir a *regula iuris* e aplicá-la no caso concreto. Em definitivo, segundo tal orientação do juiz, “encontrada” a regra, “declara-a; o legislador, por sua vez, “dita a regra”. Essa orientação encontra o seu pressuposto no convencimento da existência sempre de uma só solução juridicamente correta e objetivamente predeterminada, solução que o juiz, por meio de um procedimento lógico, se limita a explicitar. A ideia de fundo é que exista objetivamente um critério bem definido e que o juiz-intérprete não faça senão descobri-lo, sem poder substituir tal investigação por uma mera apreciação discricionária. De outra parte, é frequente, embora de diversos pontos de vista, a afirmação de que, pelo menos em via de princípio, não subsiste discricionariedade na interpretação da lei. Em outros termos, termina-se por postular a natureza vinculada do poder do juiz, inclusive nos casos em que a lei recorra a conceitos. Nessa ótica, não resta senão estabelecer onde termina a interpretação e começa a discricionariedade, que, como tal, fica substancialmente fora da jurisdição. Hoje é precisado que, no iter de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desse poderes, é que ele cria a decisão. Cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13-15.

<sup>393</sup> Isso porque, é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a “zona da incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de discricionariedade. Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. E não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Ver em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38-39.

<sup>394</sup> TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 237, set. 2007.

<sup>395</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

a entrega do juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.<sup>396</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, se constata a transformação vinculante entre Direito e Política, isto é, a transferência do Poder Executivo e do Legislativo para o Poder Judiciário, uma espécie de reconhecimento da judicialização.<sup>397</sup> Essa mudança repercutiu nos Tribunais de forma equivocada, visto que se propagou e ocasionou o ativismo judicial,<sup>398</sup> originalmente, a partir de um sujeito solipsista da modernidade.

<sup>396</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 191.

<sup>397</sup> Para Lenio Streck, o direito para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral, adquire autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendraram. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Não se pode olvidar, nesse sentido, que a questão da autonomia do direito está relacionada com a (in)compatibilidade democracia-constitucionalismo e com o crescente deslocamento do polo de tensão da relação entre a legislação e a jurisdição em direção a esta última. Não é demais referir, nessa altura, que a autonomia adquirida pelo direito implica o crescimento do controle da constitucionalidade das leis, que é fundamentalmente contramajoritário. Mas, se diminui o espaço de poder da vontade geral e se aumenta o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação dessa autonomia do direito, torna-se necessário implementarmos *mecanismos de controle* daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: *as decisões judiciais*. E isso implica discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais. Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democraciaa todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito”. Ver a respeito em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 369-370.

<sup>398</sup> Para Anderson Vichinkeski Teixeira, sobre as origens do ativismo judicial, explicita que: se afastarmos por completo qualquer possível comparação com a criação judicial do Direito ou com o *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade das leis), encontraremos, certamente, nos Estados Unidos a origem do ativismo judicial. Mais precisamente, na decisão *Lochner v. New York* a Suprema Corte daquele país entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. No caso em tela, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser ‘irrazoável’, desnecessária e arbitrária” tal limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar aquilo que veio a ser chamado de “Era *Lochner*” (1897–1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela Corte. Mas foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas, sobretudo, político e popular. Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de “ativistas judiciais” (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado. Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio

jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os *judicial activists* entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta “correta” em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de uma ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador. O famoso texto de Schlesinger nasce com dois problemas que parecem ter passado despercebidos aos olhos do autor: a imprecisão terminológica da expressão em debate e a indefinição quanto a ser algo positivo ou negativo. Ele rotula os juízes da Suprema Corte de “ativistas judiciais” e “campeões do autocomedimento”, vincula características a cada um desses grupos, mas não deixa claro qual a melhor postura, seja do ponto de vista político ou jurídico. Em sentido semelhante ao exposto por Kmiec, vemos que o que Schlesinger já deixa claro são os conflitos internos que o ativismo judicial termina produzindo: \*Juízes não eleitos vs. leis democraticamente aprovadas; \*Decisões orientadas politicamente vs. decisões orientadas juridicamente; \*Uso criativo do precedente vs. uso estrito do precedente; \*Supremacia da vontade popular vs. direitos humanos; \*Política vs. Direito. Todavia, as dúvidas existentes quanto ao caráter positivo ou pejorativo da expressão foram reduzidas à medida que a postura “ativista” era incorporada por diversos juízes não apenas da Suprema Corte: durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação. No governo do presidente Lyndon Johnson, o *Civil Rights Act*, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes. No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade. Desde o surgimento em solo brasileiro dessa modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, à Constituição de 1946, deu-se um substancial acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal. Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alto complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas “a-jurídicas” (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica. Primeiramente, a reificação, segundo definição de Axel Honneth, é o “esquecimento do reconhecimento”, isto é, as diversas formas de reconhecimento, responsáveis por atribuir identidade aos indivíduos e gerar reciprocidade nas suas relações interpessoais, passaram a ser acometidas por um processo de “coisificação” que tem como causa maior – única, segundo Honneth – a “generalização, na era capitalista, das trocas de mercado”. Os referenciais identificados socioculturais (como simbologia, tradição, linguagem específica, etc.), que as sociedades costumam criar para gerar reconhecimento entre os seus membros, estão sendo cada vez mais substituídos por referenciais identificados eminentemente comerciais (dotados de uma linguagem universal: *the language of business*) e teleologicamente centrados na

Todavia, Friedrich Müller afirma que o “direito constitucional é o direito do político e não traz nenhuma relação com o decisionismo”.<sup>399</sup> Com isso, chama a atenção para a doutrina que indica o caminho para interpretação colocando a consciência ou a convicção pessoal do intérprete (para ser mais específico: do juiz) que aparecerá, com bem destaca Lenio Streck, como direta aposta na:

a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no apanágio ‘sentença como *sentire*’; b) interpretação como produto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato de vontade do julgador; f) crença de que ‘casos difíceis’ se resolvem discricionariamente; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma ‘abertura de sentido’ que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.<sup>400</sup>

O ativismo judicial, na ótica de Anderson V. Teixeira, é apenas um dos “sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno”. E, o autor, complementa: “este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população”.<sup>401</sup>

#### **4.3 O “Ativismo” como Meio de Implementação de Direitos (políticas públicas) a partir da Constituição**

Nesta altura, o contraponto vem justamente na ideia de uma ligação direta com o dever do Estado Democrático de Direito assumir os desafios impostos pela força normativa da

---

manutenção da própria lógica do mercado. Se reificação representa perda de reconhecimento, estamos então dentro de um contexto no qual o diálogo, a troca de ideias – não apenas troca de mercadorias ou bens negociáveis – e o derradeiro acordo se tornam práticas quase impossíveis – improváveis, no mínimo – de se realizar longe da intervenção de um terceiro imparcial. Quanto ao fenômeno da judicialização das relações sociais, a referida perda dos sentimentos de comunidade, reconhecimento e identidade, já se constitui em uma possível causa. Todavia, a judicialização da política tem um significado bem mais específico e concreto, representando, normalmente: (1) a expansão do poder dos juízes e a consequente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o Judiciário; e (2) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado. De acordo com: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

<sup>399</sup> MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Org.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. xi.

<sup>400</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

<sup>401</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 37-58.

Constituição no sentido de, como defende Juarez Freitas, de cabimento do “Estado-administrador, aplicar a Constituição em tempo útil e de ofício”.<sup>402</sup> Nessa perspectiva, o Estado como agente administrativo da *res publica* precisa ter uma postura ativa que atenda, constitucionalmente, os interesses coletivos e concretize os direitos fundamentais em todas as dimensões. E, é através de implementação de políticas públicas e de ações específicas do Poder Público é que devem satisfazer os anseios e “indeclináveis cometimentos constitucionais voltados à realização dos direitos fundamentais que, para muitos autores pós-modernos se tem como a mais recente identificação da ação efetiva e presente do Estado”.<sup>403</sup>

Nesse passo, é oportuno ressaltar a constante discussão sobre controle de políticas públicas, “como resultado do desenvolvimento das ideias de judicialização da política (ou politização da justiça), segundo os quais se admite o que se tem denominado de ativismo judicial”,<sup>404</sup> isto é, a intervenção do Poder Judiciário em áreas exclusivas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência e, –muitas vezes –, inércia da Administração Pública.

Nessa ordem de ideias, apenas pelo amor ao debate, a discricionariedade para Administração Pública “se desdobra um novo espaço jurídico decisório substantivo, “dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos,”<sup>405</sup> sempre na busca para realizara boa administração. Todavia, conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho, “a liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade (no uso do poder discricionário) não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei”,<sup>406</sup> assim, como, a decisão judicial não pode estar aquém, tampouco além da Constituição, mas, sim, a partir desta.

A discricionariedade no âmbito do Direito Administrativo não pressupõe precisão de sentido, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis.<sup>407</sup> A administração tornou-se um

---

<sup>402</sup> FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 01.

<sup>403</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163.

<sup>404</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57.

<sup>405</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 163.

<sup>406</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 57.

<sup>407</sup> De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, aqui a norma que, ao ser criada, oferece ao aplicador a oportunidade de fazer a subsunção do fato à hipótese normativa mediante processo de escolha, considerando necessariamente o fim a que se destina a norma. Não é, portanto, uma opção absolutamente livre, visto que tem como parâmetro de legitimidade o objetivo colimado pela norma. A fisionomia jurídica da

espaço importante para o fortalecimento e o papel da cidadania, pois a democracia participativa representa um avanço significativo para o desenvolvimento do Estado, como afirma Têmis Limberger “o cidadão é ator participante e construtor do processo democrático, não se limitando a ser um consumidor passivo dos serviços públicos concedidos”.<sup>408</sup>

O dado é que, diante de antinomias jurídicas, nas palavras de Maria Aparecida Cardoso da Silveira e Anderson Vichinkeski Teixeira, deve o administrador, interpretando as normas e valores jurídicos, “cumprir e tornar efetivos, em cada caso, os princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito do modo em que se encontra consubstanciados na Constituição”.<sup>409</sup>

Dito de outra maneira, o Estado, por meio de seus agentes administrativos, deve editar atos imprescindíveis ao cumprimento das disposições constantes na Constituição, na medida em que é essência do Estado Democrático de Direito que “os direitos e garantias fundamentais só cedam diante de uma expressa e inequívoca preceituação constitucional e, assim mesmo, restritamente, ou seja: quando, como e onde essa supremacia admitidamente se impuser”.<sup>410</sup>

Nesse patamar, a intervenção do Poder Judiciário, acompanhando Juarez Freitas, “não se trata de preconizar o ativismo judicial exacerbado, pois não se pode esquecer que, diante da Corte eventualmente retrógradas, os ativistas de má qualidade costumam produzir verdadeiros desastres”. Trata, sim, nas palavras do referido autor,

em primeiro lugar de defender um ativismo da Constituição que não exclui outros protagonistas, além dos juízes. Não se pode excluir o Parlamento, nem a Administração e, sobretudo, não se pode eclipsar a sociedade. Tudo o que puder ser decidido pela própria sociedade é preferível como ideal regulador. Em segundo lugar, intenta-se que os intérpretes não continuem a dar ombros diante da inércia afrontosa à Carta, sem negar a alteridade substancial do sistema normativo. Em terceiro lugar, a maior ou menor intensidade do ativismo judicial não será propriamente uma questão de

---

discricionariedade comporta tres elementos: 1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; 2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; 3) ponderação de valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59.

<sup>408</sup> LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 277.

<sup>409</sup> SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Responsabilidade fiscal do administrador público*: transparência, controle e fiscalização. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 105.

<sup>410</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163.

dogma invariável, mas consideração eminentemente histórica, estratégica e contextual.<sup>411</sup>

Nessa ordem de considerações, a própria Administração Pública é chamada a ser “ativista – de ofício – dos objetivos fundamentais, sem que o mérito administrativo sirva de biombo para a falta de mérito republicano, na implementação de políticas públicas”.<sup>412</sup> Nesse âmbito, o Estado Constitucional, amplamente consagrado na Carta Política, na mesma medida que impõe limites ao poder do Estado de infringir o princípio da dignidade da pessoa humana, deve estabelecer normas de implementação de políticas públicas que visem melhorias nas condições de vida das pessoas (titulares desses direitos), sendo certo dizer que o Estado existe, justamente para concretizar os direitos fundamentais.<sup>413</sup>

Nessa ótica garantista, os direitos fundamentais têm a sua reserva para aqueles direitos do homem e do cidadão reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional, pois referem-se aos princípios que resumem a concepção do mundo no nível de direito com prerrogativas e garantias de uma convivência digna, livre e igual entre os homens. A fundamentalidade desses direitos exprimem situações jurídicas como condição de possibilidade mínima de sobrevivência em sociedade.

Na verdade, para complicar ainda mais a tarefa árdua para a doutrina, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o direito fundamental à razoável duração do processo (tanto judicial quanto administrativo) e aos meios que garantam a sua celeridade, acrescentando ao inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação”, sobretudo em matérias que dizem respeito à concretização efetiva dos direitos fundamentais, exercendo, assim, inegável reação na sociedade contra excessivas falhas e omissão do Estado. E, por isso, nessa atual conjuntura, o modelo de Estado liberal abstençãoista não possui mais espaço nas sociedades contemporâneas.

Todavia, e aqui cabe destacar, não se pode negar que modernamente o juiz considerado também um administrador de ordem e caráter público, um gestor do tempo, mais

---

<sup>411</sup> FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 02.

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 02.

<sup>413</sup> Segundo Juarez Freitas, não se trata, nem de longe, de supor candidamente que a simples ampliação da *judicial review* (com a judicialização das políticas públicas) resolveria tudo. O essencial é criar uma atmosfera alargada de sustentável responsabilidade (pública e particular) perante os direitos fundamentais, de sorte que os danos causados por ação ou omissão não aconteçam ou deixem de ocorrer, no nascedouro, por atuação da própria sociedade. Em síntese, sem subscrever o paternalismo autoritário, a meta consiste em encontrar uma postura hermenêutica (realista e moralmente idônea), democrática e ativadora da Constituição, capaz de enfrentar, com balanceamento proporcional e racionalidade argumentativa, os imensos sofrimentos provocados pelas ações e omissões antijurídicas. *Ibid.*, p. 04.

do que um conhecedor do direito, “possui a função precípua no processo de retirar o ônus do tempo de quem não pode suportar, e transferi-lo para aquele que pode arcar”, conforme leciona Darci Guimarães Ribeiro,<sup>414</sup> ainda mais em se tratando de matéria constitucional.

Mais particularmente, nesse modelo atual de Estado Democrático faz com que os atores da administração pública saem da zona de conforto no sentido de, conforme afirma Juarez Freitas: “ativar os princípios substancias da Carta Política, que dormem, às vezes, em gavetas ou berços nada esplendidos. Não se trata, por outras palavras, de ativismo voluntarista e egoico, mas de ativismo da Constituição e dos seus objetivos fundamentais”.<sup>415</sup>

Aqui, volta ao elemento determinante que caracteriza a racionalidade jurídica do ativismo judicial, segundo o qual, nas lições de Anderson V. Teixeira, as “decisões fundamentadas substancialmente em princípios, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas para a fatispécie, parece não haver dúvidas de que os direitos fundamentais devem preponderar, como regra geral, frente a demais normas do ordenamento jurídico, mesmo outras de natureza constitucional”.<sup>416</sup>

Nesse tear argumentativo, assim como a Constituição preconiza e estabelece a implementação e a efetividade dos direitos fundamentais como garantias constitucionais e, portanto, alinhando a uma decisão judicial fundamentada, com Juarez Freitas, pode-se dizer que o “Estado precisa ser reequacionado à luz forte do primado eficaz do direito fundamental à boa administração”.<sup>417</sup>

#### **4.4 O Papel do Intérprete Frente à Questão Principiológica no Estado Democrático de Direito**

Pois, bem. Nesse contexto, observe-se, inclusive, que Ovídio A. Baptista da Silva no seu *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista* afirma o propósito de “assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”, assim como,

tratar das deficiências e obstáculos, opostos por nosso sistema processual, a uma jurisdição compatível como o nosso tempo, uma jurisdição capaz de

<sup>414</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

<sup>415</sup> FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 02.

<sup>416</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

<sup>417</sup> FREITAS; TEIXEIRA, op. cit., p. 02.

lidar com a sociedade de consumo, complexa e pluralista, em seu estágio de globalização. O nosso padrão epistemológico ficou preso ao Iluminismo, ancorado nos dois pressupostos que o inspiram, quais sejam, a redução do fenômeno jurídico apenas ao ‘mundo normativo’ e ao pressuposto de ser a lei uma proposição de sentido *unívoco*. O direito processual civil não acompanhou as transformações sociais sucessivas aos movimentos liberais que culminaram na Revolução Francesa, circunstância que se reflete, hoje, na crise da legitimidade do Poder Judiciário perante as democracias representativas.<sup>418</sup>

A toda evidência pode-se indagar exatamente como leciona Lenio Streck no sentido de que “qual é o fundamento de, em plena democracia e de produção democrática do direito, delegar ao juiz esse poder discricionário? Mais: o cumprimento estrito das regras processuais – que, nas constituições contemporâneas estão inscritas como direitos fundamentais – implica privilégios processuais ou ‘injustiças’”,<sup>419</sup> apenas para ficar nessas questões objeto desse trabalho.

É importante deixar isso bem claro, a admissão da discricionariedade judicial e de decisionismos “é próprio do paradigma positivista que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença entre regras e princípios”.<sup>420</sup> Nessa medida, a ordenação principiológica pode ser satisfeita em diferentes graus, ou níveis, que dependem das possibilidades tanto jurídicas quanto fáticas e, essas possibilidades jurídicas, “são derivadas do fato de que existem, não apenas regras, mas também princípios opostos que estão em constante pressão uns contra os outros”.<sup>421</sup>

E, aqui nesse ponto, cabe destacar a metáfora do modelo de juiz Hércules dworkiniano,<sup>422</sup> como muito bem colocado por Francisco José Borges Motta quando afirma

<sup>418</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. ix.

<sup>419</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

<sup>420</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220.

<sup>421</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 198.

<sup>422</sup> De acordo com Lenio Luiz Streck, a metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar” significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinônimas “perfeitas”. A metáfora da resposta correta, desse modo, será a explicitação de que é possível atravessar “o estado de natureza hermenêutico” instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um *genesis* a cada enunciação. Dito de outro modo, pela metáfora da resposta correta, estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado, uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem...A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Para tanto – e aqui uma advertência indispensável – a ruptura com o “estado de natureza hermenêutico” não se dará por uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um “abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico”, como parecer ser o caso da institucionalização das súmulas vinculantes ou de outros mecanismos vinculatorios. Ver em: STRECK, op. cit., p. 389.

que “Hercules não é nem de longe um solipsista, um protagonista, alguém que decide sozinho”.<sup>423</sup>

Nesse sentido, sob o prisma da subjetividade assujeitadora do intérprete, – fruto da filosofia da consciência e discricionariedade judicial (relação sujeito-objeto) –, esse caráter oposicional de que os princípios estão à disposição, implica na suscetibilidade da *ponderação* que defende Robert Alexy.<sup>424</sup> O grande problema, principalmente em *terrae brasilis*, foi a recepção equivocada da ponderação defendida por Robert Alexy e, por consequência, o

---

<sup>423</sup> Ele é Hércules não pela capacidade de sobre-humana de, com bom senso, prudência ou discricção resolver, com justiça, os casos que chegam à sua jurisdição. A sua extraordinária capacidade não é voltada à introspecção, mas à compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente, tomar em consideração o que fizeram (com acerto) os demais juízes do passado e do presente, além da produção legislativa. Mais do que tudo, implica prestar contas ao conjunto principiológico irradiado a partir da Constituição. E isso fará com que Hércules encontre no Direito, frequentemente, soluções que não se ajustem àquelas de sua preferência pessoal. Aliás, afirmar que Dworkin idealizou um solista para combater o problema da discricionariedade é a mesma coisa que sugerir que o autor cometeu um *haraquiri* teórico-filosófico, é duvidar da seriedade de seus estudos. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78-79.

<sup>424</sup> Daí que, expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “justa medida”, “decido conforme minha consciência”, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. Produzem-se, assim, sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extraída a fórceps no plano das relações simbólicas de poder. Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da “razoabilidade” (com ou sem “ponderação de valores”), argumentação que se transformou em autêntica “pedra filosofal da hermenêutica” a partir desse caráter performativo. Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calcadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já em um problema, porque a interpretação não pode depender dessa “loteria” de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre convencimento de ativismos. Como se sabe, em nome do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e suas decorrências. Outra advertência que se impõe, no contexto de uma análise sobre a teoria do direito a partir da hermenêutica filosófica diz respeito exatamente a essa dependência que a ponderação tem relação à discricionariedade. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais, algo do tipo entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um. Nesse sentido, é preciso fazer justiça a Alexy mesmo que com ele estejamos de acordo: sua tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta. Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra – regra de direito fundamental *adscripta* – essa sim, segundo Alexy, apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção. Aliás, é importante ressaltar que parcela considerável dos jusfilósofos (e juristas em geral) que faz críticas ao modelo silogístico de sentença – e não parece que alguém ainda defenda essa forma de raciocínio – acaba incorrendo em uma contradição, na exata medida em que sustentam suas teses na base da cisão estrutural “*casos fáceis-casos difíceis*”. Assim, se os casos fáceis se resolvem por subsunção, como negar que – pelo menos para esses *easy cases* – ainda se utiliza o velho silogismo? Mais: na medida em que os casos difíceis se resolvem mediante ponderação – que, como é sabido, é uma regra, e não um princípio –, a pergunta que fica é: a aplicação da ponderação não é uma subsunção de segundo grau? Ao fim e ao cabo, na teoria da argumentação tudo acaba em subsunção, conforme explicita STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49-50.

surgimento do ativismo judicial, da discricionariedade do intérprete e a maciça criação de princípios. Sob esse panorama, acertadamente, leciona Lenio Streck:

Esse terreno também é fértil para o surgimento, nos anos 90 do século XX, do assim denominado ‘neoconstitucionalismo’, que, embora tenha proporcionado alguns avanços, deu azo, no Brasil, ao pancipriologismo. Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições para a corrupção do próprio texto da Constituição.<sup>425</sup>

E, por oportuno, vale, também, trazer a crítica assertiva do referido autor, no sentido de que

os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional. Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por considerável da doutrina e dos tribunais.<sup>426</sup>

Pontuando. A teoria da argumentação jurídica, vem centrada em questões relativas à interpretação do direito, especificamente, nos chamados casos difíceis (*hard case*), cujo debate cinge-se à argumentos de fundamentação à luz da jurisprudência da valoração. Aqui ao que parece a força propulsora legitimadora do direito é articulado pelo discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral que possui uma pretensão corretiva, pois segundo o próprio Robert Alexy,

a exigência de fundamentação e a pretensão de correção ligada a ela podem fundamentar-se também, ao menos no que concerne às decisões judiciais, mediante o direito positivo. Segundo o direito vigente atualmente na República Federal da Alemanha e talvez na maior parte dos Estados, os juízes estão obrigados a fundamentar suas decisões. Por isso, a decisão judicial, em virtude do direito positivo, é submetida à pretensão de correção.

<sup>425</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 124.

<sup>426</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

Outra fundamentação para isso é dada pelo art. 20, par. 3, da Lei Fundamental que vincula a jurisdição à ‘lei e ao Direito’.<sup>427</sup>

Entretanto, a própria teoria alexyana aponta o *déficit* de ordem pragmática no seu discurso de justificação jurídica, visto que, existem normas jurídicas não abarcam todas as possibilidades ao caso concreto, e apresenta quatro motivos para isso: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito; (2) a possibilidade de conflitos entre as normas; (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente; (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma”.<sup>428</sup>

Porém, Robert Alexy, dentro do seu contexto histórico, posto que no discurso jurídico se discute questões práticas emergidas, assim, uma pretensão de correção, como a tese do caso especial, propõe dois tipos de regras, formas e fórmulas lógico-dedutivo, que sustentam a justificação das decisões jurídicas: *a justificação interna* e *a justificação externa*.<sup>429</sup> Em que pese, para Robert Alexy, a conectividade das regras que compõem o discurso de justificação jurídica interna possibilita o desenvolvimento de soluções pertinentes às questões práticas, não configura condição de possibilidade da resposta adequada ao caso concreto, na medida em que, diante da constatação de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico permitem ao intérprete alcançar solução incompatível ente si. De outra banda, o direito enquanto sistema de normas derivado não apenas de regras, mas, também de princípios, estes são decorrentes do discurso jurídico externo que, para teoria alexyana, assume um papel meramente de mandados de otimização, cuja forma de aplicação vem na roupagem da *ponderação*. Nesse sentido, Robert Alexy afirma:

<sup>427</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 212-213.

<sup>428</sup> Ibid., p. 34-35.

<sup>429</sup> Se estabeleceu a tese deque o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isto se fundamenta na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica se faz sob condições de limitações do tipo mencionado. [...] Nos discursos jurídicos trata-se da justificação de um caso especial de proposições normativas, as discussões jurídicas. Podem distinguir-se dois aspectos da justificação: a justificação interna e a justificação externa. Na justificação interna verifica-se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação, que tem sido amplamente discutido sob o nome de “silogismo jurídico”; o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regaras de direito positivo. As formas de argumentos e as regras de justificação externa podem classificar-se em seis grupos: regras e formas (1) de interpretação, (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso de precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Ibid. p. 210-227.

La distinción entre reglas y principios constituye la base de mi argumento en favor de un constitucionalismo moderado. Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandados definitivos*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de *ponderación* y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más nada menos. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La *subsunción* es para ellas la forma característica de aplicación del derecho.<sup>430</sup>

Em contrapartida, conforme explicita Lenio Streck, os teóricos brasileiros não atentaram-se para as distintas realidades, principalmente, em relação às teorias alemãs, na medida em que,

aqui parece ficar claro como a ideia de ‘Constituição como ordem de valores’ é literalmente subsumida à teoria alexyana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor. Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. O direito constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não de rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação* (Alexy) – são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Na maior das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que *é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso*. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’*, algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’. Nesse sentido, é preciso fazer justiça à Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’. Importante anotar que, no Brasil, *os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio*. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à

<sup>430</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.<sup>431</sup>

E, levando em consideração que na prática o Direito atua no campo da interpretação, Jürgen Habermas adverte que:

Alexy sabe que decisões judiciais fundamentadas pelo discurso não podem ser ‘corretas’ no mesmo sentido que os juízos morais válidos: a racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação.<sup>432</sup>

Em resumo, resta evidente que, diante da equivocidade dos juristas brasileiros em adotar a teoria alexyana com fundamento na ponderação e, portanto, a não superação do sujeito solipsista, configurará o abuso incontrolável e infundado do intérprete que, na atual conjuntura, é incompatível com o princípio democrático constitucional.<sup>433</sup>

<sup>431</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49-50.

<sup>432</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 289.

<sup>433</sup> Ainda em relação ao aspecto da “ponderação”, vale trazer a baila as palavras de Luigi Ferrajoli, segundo o qual: habitualmente confiado a la jurisdicción constitucional, al exigir una elección entre varias soluciones constitucionalmente posibles, está inevitablemente caracterizado por un grado más o menos amplio de discrecionalidad interpretativa. Bajo este aspecto, sin embargo, el juicio constitucional, si bien basado en la ponderación entre varios principios constitucionales, no es distinto, en el plano epistemológico, de cualquier otro juicio jurisdiccional. Se trata siempre de un juicio vinculado a la comprobación de sus presupuestos, siquiera sea en el sentido aproximativo y relativo que es próprio de toda comprobación jurisdiccional. Podemos mantener también que el juicio constitucional ponderado comporta as veces un espacio mayor de discrecionalidad que el juicio ordinario de subsunción. Pero este espacio de, as en mayor medida, en cualquier tipo de jurisdicción, dependiendo su medida de la semántica de lenguaje de las normas o de los principios aplicados. En efecto, debemos reconocer que también la jurisdicción, sea ordinaria o constitucional, comporta siempre, por los espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una específica esfera de lo decidible: aquella precisamente ligada a la decidibilidad de la verdad procesal y, precisamente, al carácter opinable de la verdad jurídica y al carácter probabilístico de la verdad fáctica. Obviamente, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidible bastante más restringida que la abierta a la legislación, al estar vinculada a la aplicación sustancial y no simplemente limitada, como las funciones de gobierno, por el respeto a las normas sobre la producción. A discrecionalidad judicial y de todas las funciones de garantía, la cual interviene en aquella específica actividad tendencialmente cognitiva que es la aplicación de la ley, tanto ordinaria como constitucional, su espacio está circunscrito por la sujeción a la ley y se limita por ello a la interpretación de las normas aplicadas: las constitucionales, por jueces constitucionales (acompañada por la interpretación de la ley ordinaria a la que afecta su juicio); las legislativas, por jueces ordinarios (acompañada por la interpretación de la ley constitucional para valorar los perfiles de invalidez de la ley aplicable). La discrecionalidad de la jurisdicción y de las demás funciones de garantía se manifiesta únicamente en las decisiones interpretativas, es decir, relativas al significado de las normas aplicables, comenzando por el de los derechos constitucionalmente establecidos. Ver a respeito em: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 73-75.

Veementemente, alinhado com a postura de Lenio Streck, “os princípios têm finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’ e, portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação”.<sup>434</sup>

Para subsidiar essa compreensão, o direito nessa atual conjuntura do Estado Democrático de Direito “a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar cooriginária ao (e com o) direito”.<sup>435</sup>

Em todo caso, “a diversidade de técnicas interpretativas e decisórias atribui ao julgador uma ampla possibilidades para produzir a decisão. Todavia, o fato de estar prevista na doutrina não significa que já esteja sendo jurisprudencialmente empregada”, como muito bem destaca Anderson V. Teixeira, alertando, ainda, “o que pode dar ensejo a uma prática ativista nociva, quando não estiver vinculada à efetividade de direitos fundamentais ou a supremacia da Constituição”.<sup>436</sup>

Nestes moldes, o conceito de poder discricionário, para Ronald Dworkin, – e nesse ponto vale retomar –, “só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determina autoridade”, e mais,

às vezes usamos ‘o poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.<sup>437</sup>

Para Ronald Dworkin, como abordado no segundo capítulo, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é simplesmente de natureza lógica, pois vai dizer que:

Denomino de ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. [...] Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à sua natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não válida, e neste caso em

<sup>434</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

<sup>435</sup> Cf. afirma STRECK, p. 227.

<sup>436</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

<sup>437</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51-52.

nada contribui para a decisão. Um princípio particular do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas como (se fosse) uma razão que inclina numa outra direção. A distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham as regras.<sup>438</sup>

Entretanto, a grande preocupação do (no) Direito, trazidas pelas teorias da argumentação jurídica, principalmente vertente a de Robert Alexy, diz respeito justamente a subjetividade assujeitadora do intérprete e, portanto, produto da discricionariedade na medida em que, através da técnica da *subsunção* e da *ponderação*, procuram equivocadamente resolver os casos em concreto. E, se há decisões que não seguem logicamente de formulações jurídicas vigentes e de enunciados empíricos, como destaca Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “então se coloca a questão de como podem ser fundamentadas tais decisões”.<sup>439</sup>

Nessa seara interpretativa entre regras e princípios, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos, apenas para ficar nestes, afirmam que:

*Regras* são normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ser mediante *ponderação*.<sup>440</sup>

A teoria da argumentação jurídica alexiyana, segundo Wálber Araujo Carneiro, “assume um modelo triádico formado por princípios, regras e argumentos”, e ainda, o autor complementa:

O espaço discricionário traz problemas ao regime democrático quando o Judiciário entra em cena na aplicação do direito, razão pela qual o modelo de *princípios e regras* deve ser acompanhado de uma *teoria da argumentação* que proporcione uma legitimação discursiva da criatividade judicial. Neste momento, indagamos se a teoria da argumentação de Alexy teria de fato, condições de levar a cabo o compromisso e, ao final dessa análise, foi

<sup>438</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36, 39-42.

<sup>439</sup> OLIVEIRA, Cattoni de. Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 77.

<sup>440</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 338-339.

possível concluir que nem mesmo o próprio Alexy considera que a discricionariedade será eliminada.<sup>441</sup>

Entretanto, dentro do espaço da jurisdição constitucional e do Estado Democrático, onde se tenta superar o paradigma positivista, princípios e regras não podem simplesmente ser entendidos como preceitos de otimização. O positivismo chega a uma falsa tese da autonomia, “porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessárias, em caso de colisão, uma decisão em termos de tudo ou nada por parte do juiz”, conforme rechaça expressamente Jürgen Habermas, e continua:

Ora, a representação unidimensional do direito, como um sistema de regras destituídos de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação das normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes normais do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não solucionabilidade de conflitos de regras.<sup>442</sup>

O momento de indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das únicas decisões corretas.<sup>443</sup> Por essa vereda, em busca da *resposta correta*,<sup>444</sup> em síntese, pois já abordado, é que Ronald Dworkin propõe a aceitação da *integridade* como proteção da legalidade e dos princípios, onde o(s) intérprete(s) – ou para sermos mais precisos, o(s) juiz(ízes) e tribunal(is) – deve(m) encarar o Direito como uma comunidade integrada às regras e aos princípios.

E mais, o intérprete, no exercício de sua atividade jurisdicional, deve sujeitar-se à continuidade de uma história institucional, além de compreender/interpretar/aplicar

---

<sup>441</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 221.

<sup>442</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 259.

<sup>443</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>444</sup> Para Ronald Dworkin, não há poder discricionário, pois, quem resolve o caso não é a regra, mas sim os princípios, os quais compõem a comunidade política. Tais princípios são padrões deonticos que devem ser obrigatoriamente levados em conta pelo juiz no momento da prolação da decisão. A reconstrução principiológica do direito é o que torna possível a existência de respostas corretas/adequadas. Contudo, essa aplicação do princípio não se exaure em si mesma. De nada adianta reivindicar a existência de princípio se, no momento da sua aplicação, pudesse haver atividade ad hoc do judiciário ao julgar os casos a ele trazidos. Decidir conforme princípios não significa afirmar a ideologia do caso concreto. Ver em MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92.

hermeneuticamente a fim de que se possa construir soluções sem perder de vista o ideal da *coerência*.<sup>445</sup>

Dworkin tem razão quando usa a interpretação literária – também denominada de *romance em cadeia* – como um modelo para o método central da análise jurídica, como já destacado anteriormente, mas vale lembrar, haja vista que, ao decidir o novo caso,

cada juiz deve considera-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.<sup>446</sup>

E é por essas (e outras) razões que, na atual quadra da história e face à uma Constituição dirigente e compromissória de um Estado Democrático de Direito,<sup>447</sup> não há se falar mais em dualismo do tipo o caso fáceis ou casos difíceis (os chamados *easy cases e hard cases*) como querem as teorias da argumentação jurídica, ou seja, casos são casos, pois, conforme leciona Lenio Streck, na sua obra *Verdade e Consenso*:

Através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica e da superação da distinção lógico-estrutural – é que se torna possível sustentar, como faço no decorrer desta obra, a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada pelos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental

---

<sup>445</sup> Dworkin, não vê (e, diga-se, já não via nos *Levando os Direitos a Sério*), uma relação de “oposição” entre “regras e princípios”, na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como “completeza, como “integridade”. Daí a necessidade de desenvolver uma justificativa que “enlace” ambos os padrões de julgamento como componentes de uma personificação moralmente íntegra. Para tanto, Dworkin sustenta que qualquer teoria do direito que se preze deve fornecer uma base para o dever judicial, de modo que os princípios devem tentar justificar as regras estabelecidas; para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras. Noutras palavras, o operador do Direito precisa identificar nos princípios, o “sentido” das regras. Cf. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

<sup>446</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 237-238.

<sup>447</sup> Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissória – conforme o conceito que doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição –, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, *como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)*. Desse modo, levando em conta a relevante circunstância de que o Direito adquire foros de maioria nessa quadra da história, de pronto deve ficar claro que não pode confundir Direito positivo com positivismo, dogmática jurídica com dogmatismo, e, tampouco, se pode cair no erro de opor a crítica (ou “o” discurso crítico) à dogmática jurídica. Ver em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

(fundamentação). A presença dos princípios nas resoluções dos assim denominados ‘casos difíceis’ – embora seja inadequado cindir *easy cases* de *hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade/arbitrariedade judicial.<sup>448</sup>

Nesse sentido, uma compreensão principiológica do Direito, assentada numa concepção no modelo de princípios, evidentemente, requer do Poder Judiciário agir politicamente, “não no sentido de se dar curso a concepções próprias do julgador a respeito de o que esse consideraria pragmaticamente preferível, mas no sentido de se garantir os direitos fundamentais dos cidadãos”,<sup>449</sup> como leciona Marcelo Cattoni.

Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-linguístico, proposto por Martin Heidegger, como visto anteriormente, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista), ou seja, “o giro linguístico mostra desde sempre o ser-no-mundo, onde a linguagem é a condição de possibilidade para acessar esse mundo”.<sup>450</sup>

Dito de forma mais específica, para a hermenêutica filosófica antirrelativista, aqui defendida,<sup>451</sup> não há espaço para o poder discricionário/arbitrário/solipsista do intérprete, ou

<sup>448</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

<sup>449</sup> OLIVEIRA, Cattoni de. Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 151.

<sup>450</sup> Com o giro ontológico, de acordo com Lenio Streck, se dá uma reconciliação entre a prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação*. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual o conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir da circularidade: *o círculo hermenêutico*. Há uma espécie de “privilegio” do conhecimento prático em virtude da estrutura do *logos hermenêutico*. Aliás, há uma tendência – muito peculiar ao pensamento jurídico – de se falar *em hermenêutica, círculo hermenêutico, fusão de horizontes, pré-compreensão* e alguns outros conceitos filosóficos sem citar, ou, na pior das hipóteses, ignorando completamente, aquele que foi o grande filósofo que introduziu estes conceitos ou, no caso do conceito de hermenêutica e de círculo hermenêutico, renovou seu conteúdo. Este filósofo foi Martin Heidegger. Registra-se que tal lembrança é condição de possibilidade para se falar em Hermenêutica Filosófica. O próprio Gadamer reconhece que seu projeto filosófico retira da obra heideggeriana seu elemento mais fundamental: a descoberta da estrutura prévia da compreensão. Ou seja, falar em hermenêutica no contexto atual e não enfrentar a obra de Heidegger é como falar em Metafísica e ignorar *Aristóteles, Tomas de Aquino ou Francisco Suarez* (ou, no Brasil, falar em Heidegger e em hermenêutica sem citar a vasta obra de Ernildo Stein). Na verdade, esse (novo) modo de tratar a relação entre teoria e prática passa a privilegiar a dimensão de *vivências fáticas*. É assim que (re)aparece o “mundo prático” na filosofia – que se manifestou no início grego com os pré-socráticos, mas que foi encoberto pelo *logos* socrático-platônico. É desse modo, pois, que a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um *contexto intersubjetivo de fundamentação* (a noção de pré-compreensão, contexto antepredicativo de significância etc.) no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante (*razão hermenêutica*, para usar a expressão cunhada por Ernst Schnädelbach). É – por assim dizer – desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que podemos extrair – no campo da aplicação do direito – a ideia de *resposta correta* (ou se quiser, adequada à Constituição) e de institucionalização do mundo prático pelos princípios. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59-60.

<sup>451</sup> Dizendo de outra maneira, eis mais uma vez presente da diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de

seja, não há se falar em ponderação, nem entre regras, tampouco entre princípios, como pretendem as teorias argumentativas,<sup>452</sup> principalmente diante da incompatibilidade com círculo hermenêutico. Nessa visão hermenêutica, isto é, a superação do esquema sujeito-objeto, “o jurista não ‘fabrica’ o seu objeto do conhecimento. A compreensão, pela sua ‘presença antecipada’, é algo que não dominamos. O sentido não está à nossa disposição – não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar”.<sup>453</sup>

Portanto, ao interpretar qualquer texto jurídico a pré-compreensão já estará presente na aplicação, visto que, de acordo com Lenio Luiz Streck, “não há conceitos em abstrato. Conceitos não flutuam no ar, para servirem de capas de sentido aos ‘fatos desnudos’. Não há um grau zero na atribuição de sentido”.<sup>454</sup>

---

otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – *parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete*. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*. Ver a respeito. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235.

<sup>452</sup> Apenas por amor ao argumento, diante de novas posturas teóricas, chama-se atenção, inclusive, para o mecanismo de aplicação da *ponderação*, além para os princípios, valendo-se, também, para as regras/normas, jurídicas, pois, em resumo, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, lecionam que: Mais recentemente, a dogmática jurídica deu-se conta de que a *subsunção* tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes. Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores (normas), portanto, para apenas uma premissa menor (fatos) –, com o no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar a outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. [...] A *ponderação* consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a *subsunção* se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 344-346.

<sup>453</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 83.

<sup>454</sup> E, pontua: o intérprete deve estar atento à tradução (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, prescrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetividade abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões são prévias com as que se inicia não são arbitrarias. Ver a respeito em: *Ibid.*, p. 318-319.

#### **4.5 A (Re)construção do Processo e a sua Relação entre a Fundamentação e os Direitos Fundamentais: o caminho a ser percorrido à concretização desses direitos**

Assim, ao que parece, o problema fulcral está na questão da discricionariedade do intérprete, isto é, daquele que “diz e aplica” o direito em contraponto com a democracia que, na ótica de Cristina Reindolff da Motta está, justamente, na “fundamentação e das razões pelas quais ela se transformou, no âmbito do Estado Democrático de Direito, em um direito fundamental do cidadão e um dever fundamental do juiz/tribunal”.<sup>455</sup>

E, aqui está o ponto crucial do debate, na medida em que o artigo 93 inciso IX, da Constituição Federal estabelece expressamente que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”,<sup>456</sup> ou seja, uma intensa luta pela democracia e, principalmente, pela concretização dos direitos fundamentais ainda mais sob à égide do Estado Democrático de Direito. E é importante reter isso: “o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado”.<sup>457</sup>

E é por isso que se faz imprescindivelmente a exigência de fundamentação das decisões, hoje consagrada em texto constitucional, a qual se justifica justamente no regime democrático, caracterizado por sua universalidade, isto é, regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei. Ainda nessa linha, Joan Picó i Junoy chama atenção:

Esta obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen imponen que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente.<sup>458</sup>

Nesse ponto se faz importante ressaltar que o Estado-juiz constitucional democrático tem o dever jurídico de motivar e fundamentar seus pronunciamentos para que se afaste qualquer tipo de arbitrariedades e subjetividades do pensar do intérprete, no sentido de se

<sup>455</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

<sup>456</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

<sup>457</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

<sup>458</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 61.

permita o controle das decisões que são proferidas pelo Poder Judiciário (um direito fundamental), cuja motivação, sob forma de instrumento de comunicação, não se confunda com discricionariedade, mas como ato de justificação.<sup>459</sup>

Nessa perspectiva, está a profunda compreensão hermenêutica do direito processual, na medida em que a atividade jurisdiccional passou a ser elemento fundamental e necessário do

---

<sup>459</sup> Para Taruffo, a motivação da decisão, se desprende la misma noción general de signo lingüístico en sentido propio, dicha perspectiva se plantea como objetivo la individuación de su significado propio de entre los muchos significados posibles que pueden serle atribuidos a la motivación según los diversos tipos de interpretación. Ello presupone que la motivación sea entendida como un discurso elaborado por el juez en el intento de volver manifiesto un cierto conjunto de significados; ello significa, además, que la motivación debe ser configurada como un instrumento de comunicación, que se inserta en un procedimiento comunicativo que se origina por el juez y que está encaminado a informar a las partes, y también al público en general, aquello que el juez pretende expresar. Ya se ha observado que el factor de voluntarismo que está presente en este proceso no debe ser entendido más allá de los límites que le son propios: el “cierre” del discurso que constituye la motivación y su consiguiente despersonalización, provocan que ésta no refleje necesariamente todo aquello que el juez ha querido expresar, sino sólo aquello que el intérprete esta en capacidad de “comprender”. Por otra parte, dicho factor asume una relevancia determinante en la medida en la que hace referencia a la peculiar condición de la interpretación del signo en sentido propio, que implica el uso, por parte del intérprete, de cánones convencionales. Debemos subrayar el hecho de que justamente el carácter convencional de esos cánones (que no está presente en el criterio que libremente escoge quien se plantea la interpretación de un indicio) constituye el nexo estructural que vincula a la “voluntad de significar” de quien emite el discurso, y la “capacidad de interpretar” de quien lo recibe, y representa el marco semántico de lectura de la motivación como signo en sentido propio. El segundo perfil bajo el cual este tipo de interpretación se distingue de aquellos que hemos examinado precedentemente, tiene que ver con la identificación de aquello que constituye el objeto de la interpretación. Mientras que una de las características comunes a los puntos de vista que consideran a la motivación como fuente de indicios, consiste en el hecho de que regularmente se consideran como significantes una o más partes o aspectos de la motivación, la determinación de su significado propio presupone que la motivación en su totalidad sea asumida en su calidad de signo. Tanto la necesidad como la utilidad de considerar el significado global de la motivación en el ámbito de la sentencia podrían ser explicadas diversamente, pero no es necesario profundizar ulteriormente en el tema, dada la banalidad de la constatación de que no tiene sentido preguntarse qué cosa haya expresado el juez con la motivación, si no es suponiendo una interpretación completa del discurso que materialmente la constituye. La referencia a la motivación en su totalidad contiene además algunas implicaciones que es necesario desarrollar brevemente en este espacio. La primera es que sólo por una convención y por comodidad de lenguaje podemos referirnos a la motivación como “un” signo lingüístico dotado de “un” significado propio. En realidad, como ya lo hemos hecho notar en varias ocasiones, el hecho de que la motivación sea un discurso implica que ésta puede escindirse en las partes que la componen, y que tienen una cierta autonomía estructural, lógica y semántica. En consecuencia, la motivación no debe ser vista como un todo unitario y homogéneo, sino como un conjunto de entidades que, bajo ciertos aspectos, son heterogéneas entre sí: tratándose de un discurso, entendido como un conjunto de proposiciones, se podría definir a la motivación como el conjunto de signos lingüísticos, es decir, como un signo complejo, dependiendo de que se quiera evidenciar la variedad de sus componentes, o bien su colocación en un mismo conjunto. El significado propio de la motivación, entonces, es el conjunto de los significados que están expresados por sus componentes, debiendo, por otra parte, poner de relieve que el significado del discurso en su conjunto es algo más y algo diverso respecto de la mera y llana suma de los significados que son referidos a las proposiciones en lo individual. Esto es así porque éstos deben ser vistos en función del objeto del discurso mismo, y en virtud de fenómenos de integración, delimitación y transposición que revisten los significados de las proposiciones específicas. Además, es necesario poner en relieve el que la motivación no es un conjunto casual o caótico, sino una serie de proposiciones que, aun no estando ligadas, en lo individual o conjuntamente, por un vínculo de rígida y estricta concatenación lógica, tienden, sin embargo, a presentarse de conformidad con un principio ordenador cuya eficacia para estructurar puede ser más o menos intensa dependiendo de los casos. Ver a respeito em: TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 100-102.

próprio conceito de Estado Democrático de Direito, pois, a finalidade do processo, segundo Aroldo Plínio Gonçalves,

é a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: com a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direito. A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhe é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretenso direito lhes é negado. [...] A instrumentalidade técnica do processo, está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.<sup>460</sup>

Assim, não se pode olvidar que o exercício do Poder Jurisdicional à garantia de direitos fundamentais se dá justamente através do processo e das garantias constitucionais, pois, o processo jurisdicional é o instrumento segundo o qual se “efetiva o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”.<sup>461</sup>

Refletindo sobre essa premissa, Michele Taruffo vai dizer que o processo, como instrumento fundamental para o exercício da jurisdição, “é um lugar no qual a dialética ocupa largos espaços e constitui um importante fator dinâmico”. E mais ainda: “a decisão judiciária pode ser entendida como o resultado final de uma complexa interação dialética na qual jogam diversos fatores”.<sup>462</sup>

<sup>460</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide 1992. p. 171.

<sup>461</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 201.

<sup>462</sup> E, o referido autor, ainda destaca que: As principais dimensões dialéticas do processo e da decisão são duas. A primeira resguarda a dialética das relações entre as partes, ou seja, isso que os processualistas chamam de contraditório. A segunda diz respeito à formação das decisões judiciárias no seu momento fundamental, que atina às relações entre fato e norma. O contraditório se configura como um momento fundamental de racionalidade procedimental. [...] A determinação da qualificação jurídica do fato e a concretização fatural do enunciado são operações coligadas e convergentes. [...] Enquanto o significado próprio da norma não pode ser definido senão no caso concreto, a estrutura jurídica do caso se define em necessária correlação com a norma. Deste ponto de vista o fato determina a interpretação da norma, e a norma determina o juízo sobre o fato. Tudo isso se verifica através de um procedimento dialético que implica no confronto, verificação e o controle de hipóteses. A racionalidade das decisões judiciárias não é simplesmente pressuposta, mas deve constantemente ser objeto de possível controle. Portanto, a sentença deve ser motivada e a motivação deve ser adequada e efetiva. Essa deve, portanto, conter argumentações suficientemente justificadas a fazer acreditar que as decisões de fato e de direito sejam fundadas sobre boas razões. TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 73-74, jan. 2007.

Dito de outro modo, todo processo, e não somente àquele que estrutura as chamadas garantias constitucionais-processuais, ao criar as condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação (re)construtiva do Direito, a partir da Constituição, “é o processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional”.<sup>463</sup>

Em síntese, o processo será forma própria para a tutela dos direitos fundamentais, seja ele na aplicação imediata quando a ordem jurídica subjetiva for ameaça ou violada, ou, seja na proteção da ordem jurídica constitucional. Em qualquer um desses aspectos “situa-se aquilo que há de processual nos direitos fundamentais, de natureza processual, que são direitos materiais, ou, formalmente, fundamentais”.<sup>464</sup>

Nesse contexto processual, inegavelmente, em decorrência do preceito constitucional, “a fundamentação nunca pode, em primeiro lugar, ser dispensada da decisão. Em segundo lugar, dada a importância de que, antes da decisão, se reveste a decisão sobre matéria fática e direito, igualmente se impõe que esta seja fundamentada”.<sup>465</sup>

Erigidas nessas bases, para Joan Picó i Junoy a motivação, alinhada com a fundamentação da decisão, cumpre as seguintes finalidades:

a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; b) Hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; y d) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos.<sup>466</sup>

É por isso que se diz que o direito a fundamentação das decisões judiciais é, em última análise, – e aqui acompanhando Cristina Reindolff da Motta – “um direito fundamental, pois é garantia mínima para o desenvolvimento e/ou manutenção do Estado de Direito”.<sup>467</sup>

Assim, em que pese o artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não esteja elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais, “o direito à

<sup>463</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 207.

<sup>464</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 41.

<sup>465</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 122.

<sup>466</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 64.

<sup>467</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 136.

fundamentação é assegurado a cada cidadão e a toda a coletividade (sociedade) que dessa fundamentação se aproveita, seja para saber as razões de decidir do julgador, seja para controlar a constitucionalidade”.<sup>468</sup>

Para sustentar essa afirmação, o ponto de partida (ou de chegada) está assentado na força normativa da Constituição no sentido de impor tarefas ao intérprete, cuja determinação constitucional transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, – evidentemente –, orientado pela própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. Pode-se afirmar, de acordo com Konrad Hesse, que a “Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes na consciência geral não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”.<sup>469</sup>

Trata-se, pois, segundo Anderson V. Teixeira, sob os fundamentos da ideia de supremacia da Constituição,

se puede extraer una presunción de validez en relación a todas las demás normas que de ella resultan y, por tanto, en la propia Constitución encuentran su fundamento último de legitimidad. Sin embargo, el carácter general y abstracto que es predominante en las normas jurídicas impide que toda la dimensión cognitiva que el intérprete de la norma encuentre en la realidad material pueda venir apriorísticamente abrazada en el enunciado de la norma, antes mismo de que esta entre en contacto con la realidad cuando sea aplicada por el intérprete. Esta limitación acaba por generar la posibilidad de que la norma encuentre, cuando aplicada, más que una sola forma de interpretación: una verdadera pluralidad de significaciones semánticas, conceptuales, y hasta ideológicas, que no hayan sido previstas en el procedimiento de creación legislativa. De esto se deduce que, incluso estando una norma de acuerdo con la Constitución, puede en un momento futuro surgir una posible interpretación que la ponga en conflicto con la norma constitucional. Como forma de asegurar la supremacía de la

---

<sup>468</sup> E a referida autora destaca: a Constituição de 1988 foi pródiga ao elencar uma ampla série de direitos fundamentais, entre os quais se pode citar a isonomia e o direito à fundamentação das decisões. O direito à fundamentação remete à sua antítese, fazendo lembrar as inúmeras decisões que não são justificadas. Assim como se pensa na justificação que houve, é de se pensar que por vezes não há (equivocadamente, por certo) a justificação da decisão, havendo então um afastamento do julgador da Constituição Federal. A falta de fundamentação abre um espaço inexplorado pelo qual perpassa a decisão e que, por ser esta inexistente, não revela ao jurisdicionado ou ao cidadão os motivos que levaram o julgador a decidir de tal ou qual maneira. Desta feita, além da insegurança jurídica que se gera, contribui-se para a possibilidade de mácula de garantias processuais do cidadão, tais como a garantia da isonomia e do devido processo legal, entre outras. A fundamentação tem, portanto, dupla dimensão: a racionalidade da decisão judicial e o seu próprio controle através de um tribunal superior. A racionalidade exclui a aplicação arbitrária ou manifestamente errônea da legalidade. Quanto ao controle, este tem uma dimensão tanto interna, submetida, no seu caso, a tribunais superiores, quanto externa, voltada para as partes e para a comunidade. Desse modo, a motivação está vinculada ao direito da intervenção efetiva do juiz e ao direito do cidadão de obter uma verdadeira tutela jurisdicional. Por essa razão, o tribunal europeu de direitos humanos considera que a motivação integra-se a um processo isonômico no direito fundamental. MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis*: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 136.

<sup>469</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

Constitución - y, por consecuencia, la presunción de validez de todas las normas que se derivan de ella - sin necesitar pasar por un proceso de análisis de la legitimidad constitucional de cada norma que presente eventual posibilidad de aplicación, que implicaría la inconstitucionalidad de la norma, fue desarrollada, inicialmente en la doctrina constitucional estadounidense del siglo XIX, el método hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución.<sup>470</sup>

Nesse cenário, a interpretação conforme a Constituição é um fundamento imanente da própria Constituição, até porque “não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.<sup>471</sup> Ou seja, enquanto fenômeno social de natureza instrumental destinado a organizar uma nação em Estado, a partir dos princípios democráticos, pode-se considerar uma Constituição sob os aspectos sociológicos, políticos e jurídicos.<sup>472</sup> Sendo assim, é preciso ter em mente, os juízes e tribunais não podem mais negar sua aplicação, principalmente no tange à fundamentação da decisão que exsurtem desses atores, visto que, negar a sua aplicação viola não só o princípio democrático, mas a própria Constituição.

Desnecessário dizer que a existência das garantias constitucionais do processo está intimamente ligada à fundamentação, até porque “cada vez que se analisar tanto o devido processo legal quanto o próprio processo, sempre se verificará a fundamentação”,<sup>473</sup> ao passo que, a sua inobservância gerará sua total nulidade. Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão como garantia do pleno exercício da jurisdição, mas, sobretudo, uma cláusula pétrea da Constituição emanada do poder democrático.

É exatamente isso, a partir dos princípios democráticos que permeiam a Constituição e esta aponta para a efetivação e concretização dos direitos fundamentais (tanto individuais; quanto sociais), Cristina Reindolff da Motta explica que “o direito fundamental à fundamentação extirpa a possibilidade da população ficar a mercê de um judiciário sem

<sup>470</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Tipología y eficacia de las principales técnicas decisorias adoptadas por el Supremo Tribunal Federal en los procesos de control de constitucionalidad. *Revista General de Derecho Constitucional*, [S.l.], n. 11, p. 9, 2011.

<sup>471</sup> STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 573.

<sup>472</sup> Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sob o ângulo sociológico, determina-se seu conteúdo material: os interesses e valores da sociedade que se organiza – é o *discurso da licitude*. Sob o ângulo político, estuda-se o seu conteúdo procedimental: como se formalizam e se cristalizam esses interesses e seus respectivos valores em decisões dotadas de poder – é o *discurso da legitimidade*. Sob o ângulo jurídico, finalmente, abre-se o campo da normatividade cogente, que declarará e garantirá os direitos individuais, organizará o Estado e estabelecerá as relações fundamentais entre ele e a sociedade, desejavelmente exprimindo, positivamente, tantos os valores quanto a legitimidade a eles referida – é o *discurso da legalidade*. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67.

<sup>473</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 138.

critérios, uma vez que garante/impõe limite ao julgador”,<sup>474</sup> evitando-se, assim, (ou pelo menos tentando evitar) a discricionariedade e decisionismos por parte dos juízes. Dito de forma mais direta: a decisão judicial independe da posição e/ou do “livre” convencimento pessoal do juiz, caso contrário, este continuaria sendo considerado o protagonista.<sup>475</sup>

<sup>474</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

<sup>475</sup> Conforme explicita Lenio Luiz Streck, uma das questões centrais em qualquer modelo processual é a formação da prova. Na verdade, está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidades que o juiz/intérprete possui para decidir. Trata-se da questão fulcral no campo da teoria do direito: a teoria da validade e de como se decide. Nesse sentido, entendo que o principal problema a aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O juiz decide por “livre convencimento”? *mas o que é isto, “o livre convencimento”?* Ora, a decisão não pode ser, como critica Taruffo no campo processual, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle subjetivo”. Daí minha indagação: de que adianta, por exemplo, afirmar um novo modo de “gestão da prova” (e isso vale para o processo civil e o processo penal) se o sentido a ser definido sobre o “produto final” dessa “gestão probatória” *permanece a cargo de um inquisidor de segundo grau que possui livre convencimento ou de um juiz-protagonista que tem o poder de adaptar o procedimento para – como estabelece o projeto do CPC – alcançar a decisão justa?* Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto – essa problemática da validade da explicação da compreensão (portanto, da validade da interpretação e, assim, da decisão) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um déficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. *Muito pelo contrário!* Assim como a integridade está para a teoria dworkiniana, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei em Verdade e Consenso). Gadamer deixa claro que a ausência do método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*. Aliás, nunca esqueçamos que foi o positivismo exegético que inventou a cisão estrutural entre fato e direito. E aqui já estamos trabalhando no interior de um paradigma absolutamente pós-positivista (que quer dizer superação do positivismo normativista, que, por sua vez, superou o positivismo primitivo). A hermenêutica não trata apenas da faticidade, tampouco apenas da normatividade (ou da validade). Ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos, como, na verdade, nela, por estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjunham em uma síntese, que somente ocorre, concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o *locus* da validade? Fosse verdadeira essa assertiva, estaríamos diante de outro problema: o que fazer com a questão de fato? Numa palavra: a questão de validade reside na circunstância de que não podemos simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinados campos do conhecimento científico. Também não podemos mais pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro determinado conjunto de proposições jurídicas. *A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento*. E que fique bem claro que o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária (lembramos novamente do livre convencimento). Pelo contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade (ou relativismo). Como afirma Gadamer – ao proceder a reabilitação da autoridade da tradição: “o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado principalmente. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista”. Em consequência, devemos primeiro compreender o problema da validade como uma questão que pode ser amplamente desenvolvida pela ciência e pela lógica. Mas não há dúvida de que aqui também reaparece um certo tipo de pressuposto que está sempre presente para produzir o campo comum de interação próprio para troca de argumentos. Ver a respeito em: STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 61-63.

O caso é que, a hermenêutica filosófica, defendida por Hans-Georg Gadamer, numa fusão de horizontes, não permite a cisão entre interpretação e aplicação do direito, pois o homem inserido no círculo hermenêutico a partir da antecipação de sentido (*in casu*: uma pré-compreensão desse fenômeno) se pode chegar a compreender a resposta adequada/correta para cada caso. A linguagem passa a ser condição de possibilidade que se coloca entre o sujeito-objeto, isto é, os sentidos passam a ser dar numa intersubjetividade.

Nesse ponto, “somente na hipótese de se compreender o fundamento revelado ante aquele caso concreto é que se pode ter certeza de ter chegado o julgador à resposta correta,” como pontua Cristina Reindolff da Motta. E mais: o Poder Judiciário – competente para dizer o (que é) direito – necessário se faz estabelecer critérios hermenêuticos a partir da Constituição, mas, fundamentalmente, reconhecer a facticidade e historicidade assentadas na tradição que apresente decisões coerentes que sirvam de embasamento na integridade, cujo principal destinatário possa esperar uma devida e efetiva tutela jurisdicional.

De outro vértice, enquanto o Poder Judiciário for uma loteria, como fala Cristina Reindolff da Motta, “em que litigar pode representar ganhar ou perder, simplesmente de acordo com o decisionismo de um julgador, estar-se-á à mercê desta situação”,<sup>476</sup> principalmente, estará percorrendo o sentido inverso trilhado pela história e ocupando o espaço da democracia que foi fruto de várias lutas e conquista da comunidade.

É importante que se diga, com exaustivamente aqui apontado, enquanto para Dworkin trabalha com a resposta correta, Lenio Streck, aponta, nem para a única e nem para a melhor resposta correta, mas para àquela que “garantirá que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta este ou não constitucionalmente adequada”.<sup>477</sup>

---

<sup>476</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis*: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 145.

<sup>477</sup> A decisão constitucionalmente adequada, proposta por Lenio Streck, é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece enquanto “concretização”. Isso porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). Não esqueçamos que a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, como bem lembra Gadamer. Aqui não há outra “objetividade” além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao “texto”, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova essa a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade. A decisão (correta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser de *princípio*, e não de *política*. Dito de outro modo, não se pode “criar um grau

Por isso, dentro da jurisdição constitucional, a linguagem é condição de possibilidade de todo o sistema jurídico não podendo contestar comando constitucional da fundamentação. E nesse sentido, (juntamente com Cristina Motta), a “fundamentação é a garantia que o indivíduo tem para saber se está frente a uma decisão correta ou não (adequada à Constituição), já que ela demonstra os motivos pelas quais uma decisão se aplica a determinado caso concreto”.<sup>478</sup> Nessa seara de raciocínio, é importante reiterar que, em muito embora seja de conhecimento da comunidade jurídica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece ao Poder Judiciário a publicidade dos julgamentos e que todas as decisões, emanadas deste respeitável órgão, sejam fundamentadas.

Resumidamente: é direito de todo o cidadão brasileiro ter uma resposta adequada constitucionalmente e fundamentada corretamente e, principalmente, de cobrar do órgão jurisdicional as razões pelas quais o seu caso foi decidido daquela (e não de outra) maneira, de modo que, juiz possa mostrar “a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo da crítica”.<sup>479</sup>

Note-se, pois, que, sob o viés do Estado Democrático de Direito, que aponta no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que garante o desenvolvimento da nação, que avança no sentido de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, a fundamentação das decisões é, portanto, um direito fundamental, socorrendo, ainda, à importante tese desenvolvida por Cristina Motta que nos ensina que, “é por isso que se diz que o direito a fundamentação das decisões judiciais é, em última análise, um direito fundamental, pois é garantia mínima para o desenvolvimento e/ou manutenção do Estado de Direito”.<sup>480</sup>

Desta forma, é inexorável que para nós cidadãos brasileiros, na atual fase do Estado de Direito de cunho Democrático, não podemos mais estar à mercê de um interprete/juiz discricionário/solipsista/relativista que silencia diante dos casos que lhe são levados a julgamento. Para tanto, basta vermos as inúmeras decisões passíveis de anulação por falta da devida fundamentação, visto que, além de serem nulas, encontram-se em total descumprimento da Constituição e, portanto, a fundamentação das decisões é sim um direito fundamental que o cidadão possui para garantir o seu direito de ter uma resposta

---

zero de sentido” a partir de argumento de política, que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais. Ver a respeito em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 587-591.

<sup>478</sup> MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78.

<sup>479</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 316.

<sup>480</sup> MOTTA, op. cit., p. 136.

(correta/adequada) a partir da Constituição. E, finalizamos o presente estudo com as palavras de Lenio Streck de que toda “decisão judicial se estrutura e se legitima numa cooriginária relação entre princípios e moral”.<sup>481</sup>

---

<sup>481</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 544.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática estudada no presente trabalho revela o(s) dilema(s) que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 perpassa, hodiernamente, no campo jurídico brasileiro, na medida em que vários foram os impasses e percalços que o Direito e o Estado percorreram durante séculos, sobretudo, na concretização de direitos. Evidentemente, sobre os fundamentos do Estado Democrático do Direito é natural o deslocamento do polo de decisão do Legislativo e do Executivo para dentro ao Poder Judiciário, ou seja, há uma notabilidade no crescimento da (atuação) atividade jurisdicional e, por consequência, um elevado nível de protagonismo que põe em xeque o princípio democrático e desafia o Direito.

Por este motivo, primeiramente, se destacou a filosofia liberal do Estado de Direito, como Estado menos intervencionista e na ideia de limitação de poder, onde a demanda judicial estava adstrita ao papel das partes litigantes no processo, cuja decisão era apenas no sentido de declarar um direito determinado pela norma, ou seja, um juiz *boca da lei*. Sob esse vértice, a estrutura institucional e funcional estava garantida pelo Parlamento, seja pela liberdade individual seja pelo gozo exclusivista da propriedade. Desta noção, surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão para os indivíduos como a garantia da não intervenção do Estado na liberdade e na propriedade permitindo amplo gozo desses direitos, caracterizando-se, assim, o verdadeiro perfil individualista desse paradigma que, inexoravelmente, se refletia para o campo jurídico. A lei, portanto, já nessa época, passava a ser um instrumento limitador contra a atuação arbitrária do Estado, inclusive em relação às decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário que se limitava tão somente a declarar o Direito, nada mais além disso. Ao abordar a evolução histórica constitucional de matriz inglesa, estadunidense e francesa se demonstrou o árduo e tumultuoso trajeto percorrido pelo Direito para fazer prevalecer as prerrogativas do cidadão em busca de normas e garantias fundamentais que viabilizassem condições mínimas de sobrevivência digna, sobretudo, na busca de numa sociedade harmônica e solidária.

Contudo, se fez necessária a superação desse paradigma para dar lugar ao modelo social como forma jurídica de combater as desigualdades sociais e equilibrar formalmente as diferenças entre os indivíduos da comunidade. Nesse contexto, o processo de intervenção estatal, face às múltiplas manifestações dos operários por melhores condições de trabalho, dentre outras inúmeras reivindicações, desponta e direciona a construção do Estado de Direito à luz do Constitucionalismo Social com fim precípua de proteger os cidadãos e desenvolver mecanismos que regulamente e tutele os direitos sociais da coletividade. O Estado, então,

passa a assumir tarefas positivas e prestacionais no sentido de solucionar as demandas sociais e as próprias debilidades no campo da política e, principalmente, no campo da economia, modelo do qual prevalecia como ordem jurídica vigente. Com o *Welfare State* há uma profunda intervenção do Estado como produtor de bens e serviços e interventor na vida econômica e social dos cidadãos. Com isso, é possível identificar o papel do Estado no sentido de garantir o mínimo de sobrevivência digna ao ser humano, isto é, o Estado mais ativo, presente e diretamente ligado com o bem-estar social. Por sua vez, se inaugura uma nova posição do Poder Judiciário como protagonista diante do processo, sendo que as partes ficavam em segundo plano, isto é, há uma nova dimensão, um novo paradigma, novas atribuições e novas posturas do juiz que acaba levando e conduzindo o processo de modo intervencionista em relação aos sujeitos com intuito de eliminar as desigualdades, talvez, daí, ao que parece, inicia-se na tradição de um Judiciário mais ativo para além do que foi estabelecido pelo contrato (social) e pela democracia. A partir disso, não há como negar que o processo de globalização tem provocado consequências muito significativas tanto no Direito, quanto no Estado e, diretamente, na Constituição, sobretudo, no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais que, para alguns pensadores de forma positiva para outros de forma negativa. Porém, com o advento do Estado Democrático de Direito deve-se criar mecanismos e fórmulas organizacionais e normativas que possibilitem a real participação civilizatória e democrática da comunidade no âmbito global e regional, capazes de promover novas formas de comunidade política, assim como novas concepções de cidadania democrática participativa para além-fronteiras, cuja transformação possibilite criar condições e capacidade para cobrar responsabilidades das forças transnacionais e internacionais.

Não basta simplesmente o reconhecimento dos direitos fundamentais expressamente esculpido na Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, é imprescindível a efetivação desses Direitos no plano concreto e que possibilite por em prática justamente o modelo de Estado que foi constituído pela ordem democrática. Por esta razão, é preciso avançar para além do discurso metafísico da política, onde tudo está achado, formulado, rotulado e encaixotado, e olhar o outro lado opositor de que num país democrático tomar medidas oportunas e eficazes é uma porta de saída (ou de entrada) para a materialização dos direitos fundamentais (tantos individuais quanto sociais) saindo do mundo metafísico e abstrato para um mundo real e concreto.

E, como resposta a tudo que foi abordado, vale afirmar que o Direito está intimamente ligado à filosofia da linguagem que sempre foi (e é) o pressuposto de acesso ao mundo, isto é, a linguagem é o próprio mundo. Ao falar do mundo e das coisas do mundo, tem-se que levar

em consideração a relação do sujeito com os objetos no (do) mundo, o qual somente se dará através da mediação da linguagem e, portanto, podemos dizer que a filosofia foi invadida pela linguagem.

Não há como negar que a Constituição brasileira de 1988 estabelece um vasto rol de direitos e garantias que fazem emanar os princípios fundamentais. O Direito sobreviveu e possui um campo independente que deve ser pensado justamente a partir da linguagem, principalmente no que tange à interpretação e aplicação do texto constitucional.

É por isso que, desde Martin Heidegger, a filosofia hermenêutica tem um papel fundamental na arte da compreensão e interpretação, não apenas em relação aos textos, mas também em relação ao conhecimento humano. Seu fundamento vem assentado pela faticidade-existencial, pelas condições prévias de sentido (*Dasein*), e pela fenomenologia de nossa condição de ser-no-mundo. A hermenêutica vem associada com prospecções fundamentais na arte da interpretação, não daquilo que o conhecimento compreendeu, mas, no sentido de elaborar as condições de possibilidades lançadas no compreender. A interpretação é um momento prévio para a abertura do mundo, ou seja, antes de interpretar o texto da Constituição o intérprete deve, imprescindivelmente, compreender o sentido prévio da Constituição. É dentro do círculo hermenêutico, – do qual o intérprete já está inserido –, que a interpretação já sempre se movimenta na antecipação prévia de sentido, ou seja, é na pré-compreensão que o mundo se apresenta. Hans-Georg Gadamer aprimorou as ideias centrais de Heidegger e estruturou a hermenêutica filosófica no que diz respeito da aplicação daquilo que foi compreendido que se dá justamente no mesmo momento da compreensão e interpretação, isto é, de forma mais direta, não há cisão entre interpretação e aplicação, (simplesmente aplica), e, desta maneira, supera de vez a metafísica clássica e, indo direito ao ponto fulcral, o positivismo jurídico da qual faz parte as teorias da filosofia da consciência. O efeito de tudo isso, com a viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*), o texto constitucional dever ser pré-compreendido, compreendido, interpretado e aplicado dentro de um círculo hermenêutico filosófico e, assim ocorrendo, não mais há espaço para o poder discricionário do intérprete/juiz/tribunal – *subjetividade assujeitadora* –, como pretendem os adeptos da teoria da argumentação jurídica, visto que os sentidos não se dão entre *sujeito-objeto*, mas, sim, numa intersubjetividade (*sujeito-sujeito*). Não há se falar, também, em ponderação e/ou colisão de princípios no momento da decisão, pois como bem leciona Lenio Streck, em seu *Verdade e Consenso*, os princípios não abrem margem à interpretação, pelo contrário, os princípios fecham a interpretação. Em contrapartida, a sociedade evoluída social e democraticamente, além de cada vez mais complexa, conflituosa e, porque não dizer, mais

impaciente, alinhada, ainda, à promessa constitucional de acesso à justiça, proclama por uma atividade jurisdicional alicerçada nos valores da segurança jurídica, efetividade e tempestividade da prestação da jurisdição. É aqui o papel fundamental do Direito Processual, na medida em que, como esposado na presente pesquisa, no paradigma liberal o protagonismo era inteiramente das partes, no socialismo processual o papel restou invertido, isto é, o protagonista passou para a figura do juiz e na atual conjuntura, sob o prisma da Constituição, o processo deve propiciar acesso a uma ordem jurídica coerente na forma comum de trabalho entre juiz e partes na busca do provimento jurisdicional adequado fundado democraticamente contra o dogma do protagonismo judicial. O processo deve ser visto como um instrumento para o cumprimento da Constituição, cuja influência constitucional no processo se evidencia fundamentalmente pelos princípios e garantias constitucionais comprometido com sua autonomia e garantidor de uma tutela jurisdicional efetiva e democrática, mas, principalmente a manutenção da necessidade de fundamentação.

Dito isto, é preciso que o cidadão e a comunidade jurídica comecem a se dar conta sobre a atuação do Poder Judiciário e do papel do Estado Democrático de Direito, o qual está inegavelmente comprometido com a Constituição, pois os resultados das decisões devem passar – impreterivelmente – pelo controle rigoroso dos principais atores envolvidos na demanda judicial e de toda a comunidade. Assim, não há como negar que o processo está umbilicalmente vinculado à Constituição e, nesse sentido, o Estado, da mesma forma, também, compromissado, é responsável pelas respostas que emana. E é exatamente essa questão importante aqui trabalhada, qual seja: de que a fundamentação seja o caminho e a garantia que o cidadão possa ter a partir, justamente, de uma decisão constitucionalmente correta/adequada, pois, caso contrário, ao deixar ao alvedrio do juiz (*livre convencimento-filosofia da consciência-subjetivismos*), poderá dar azo a decisionismos arbitrários que – com toda a certeza – causará insegurança jurídica, além de uma resposta inadequada, sob pena de invadir o espaço da democracia. Até porque, o direito à fundamentação não é mera faculdade do julgador, mas uma obrigação esculpida na Constituição da qual está submetido, na medida em que, admitindo apenas por amor ao argumento, uma decisão carente de fundamentação será considerada nula, e essa é a garantia fundamental que a Carta Política determina.

Por isso a extrema relevância a ideia da resposta correta, proposta por Ronald Dworkin, haja vista que o Direito será trabalhado justamente dentro da integridade e coerência, cuja decisão estará de acordo com os princípios do Direito e da Constituição. Indo mais além com Lenio Streck, se faz – indispensavelmente – auferir se essa resposta está (ou

não) constitucionalmente adequada, isto é, se a decisão foi proferida justamente a partir da Constituição.

Assim, considerando que o Poder Judiciário e sua atividade jurisdicional passa ser o *locus* privilegiado para concretização e efetivação dos direitos fundamentais nada mais coerente ao Direito, o dever do julgador fundamentar sua decisão sob pena de nulidade, além da fragilidade da democracia. Em que pese, não conste no rol taxativo dos direitos fundamentais da Constituição, acompanhando a proposta de Cristina Reindolff da Motta, a fundamentação é sim um direito fundamental. No mesmo sentido, não é o lugar em que tal garantia está situada que a torna mais ou menos fundamental, mas um direito fundamental reconhecido por todos os povos.

Portanto, considerando à obrigatoriedade da motivação da decisão judicial ser um dever do Estado, é um direito constitucional assegurado a todos os cidadãos que ela seja devida e corretamente fundamentada, pois está expressamente estampada no texto da Constituição Federal do Brasil, ainda mais no contexto de Estado Democrático comprometido e dirigente, o que por si só, extingue a possibilidade do Poder Judiciário, na atual quadra da história, de exercer sua atividade jurisdicional sem qualquer tipo de critério. No final, muito embora a fundamentação não venha expressamente catalogada no título dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, dever ser, de fato, considerado um direito fundamental como garantia de que o cidadão não fique mais à mercê de eventuais decisões infundadas e – por quê não dizer e arriscar? – totalmente arbitrárias.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ARENDT, Hannah. *Condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTINHO, J. J. Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 82, 2006.
- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè, 1979.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le Fonti*. 3ª. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

DAMASCKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Juridica de Chile, 2000.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Versalhes 1789. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. San Francisco, CA, 24 jun. 2014. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Direitos\\_do\\_Homem\\_e\\_do\\_Cidad%C3%A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o)>. Acesso em: 28 abr. 2013.

DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito: processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Mestrado e Doutorado n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47-63.

FERRAJOLI, Luigi. *Il fondamento dei diritti unami*. Pisa: Servizio Editoriale Universitario, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 187-204.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 2.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *As transformações do Estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide 1992.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 263-278.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. A influência dos valores do Estado liberal de direito e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. Teoria geral do processo.

MARTIN, Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo social: uma visão histórica*. São Paulo: Massao Ohno, 1998.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- MERRYMANN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960.
- MONTESQUIEU, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-120.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 313-336.
- MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Org.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 153-181, jan./mar. 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Cattoni de. Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2011

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. *O tempo e o direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PELAYO, Manoel Garcia. *As transformações do Estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PESSOA, Fernando. *O essencial é saber ver*. [S.l., 2013?]. Disponível em: <<http://www.centroloyola.org.br/index.php/revista/bagagem/um-poema/62-o-essencial-e-saber-ver>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

PLATÃO. *Crátilo: Diálogo sobre a justeza dos nomes*. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1994.

PROVERA, Giuseppe. *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Tornino: Giappichelli, 1970.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Ovídio A Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Responsabilidade fiscal do administrador público: transparência, controle e fiscalização*. Florianópolis: Conceito, 2009.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. Trad. Balzán Tecnologia e Linguística. 4. ed. São Paulo: 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 35, n. 95, p. 49-86, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *Reforma do processo civil: prespectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-74.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1989. p. 9-107.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 229-240, set. 2007.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialética. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 65-77, jan. 2007.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito”. In: LONGO, Luís Antônio (Org.). *A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: SAFE, 2008. p. 31-50.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. cap. 1, pt. 1.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Tipología y eficacia de las principales técnicas decisorias adoptadas por el Supremo Tribunal Federal en los procesos de control de constitucionalidad. *Revista General de Derecho Constitucional*, [S.l.], n. 11, p. 7-9, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la consitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid, 1998.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. 3. ed. Madrid: Alianza, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2009.