



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
ESTRUTURANTE:

CONCRETISMO NORMATIVO PARA A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO
E A PROMOÇÃO DA CIDADANIA

Curitiba

2009

SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
ESTRUTURANTE:**

**CONCRETISMO NORMATIVO PARA A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO
E A PROMOÇÃO DA CIDADANIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Flávia Cristina Piovesan

Curitiba

2009

Ferraz, Sérgio Valladão

F381h 2009 Hermenêutica constitucional estruturante : concretismo normativo para a efetividade da Constituição e a promoção da cidadania / Sérgio Valladão Ferraz ; orientadora, Flávia Cristina Piovesan. – 2009.
196 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009
Bibliografia: f. 191-196

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito – Filosofia. 3. Direito constitucional. 4. Controle de constitucionalidade. I. Piovesan, Flávia Cristina. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 340. 326
341.2

SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
ESTRUTURANTE:**

**CONCRETISMO NORMATIVO PARA A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO
E A PROMOÇÃO DA CIDADANIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Flávia Cristina Piovesan
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. André Ramos Tavares
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 27 de fevereiro de 2009

**À minha mãe,
Ana Maria Valladão Ferraz,
e ao meu pai, Jorge Freire Ferraz,
in memoriam,
por toda a luz e amor**

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Dr. Vladimir Passos de Freitas, à Dra. Cláudia Barbosa, ao Dr. Antônio Carlos Efiging e ao Dr. Alexandre Faraco, professores exemplares com os quais tive o prazer de conviver e aprender ao longo do curso, pelas inestimáveis lições e pelo convívio.

Ao Dr. Carlos Marés, pelo salto qualitativo na abordagem humanista dos problemas jurídicos, por meio da perspectiva socioambiental; e à Dra. Kátya Kozicki, pelas rigorosas e brilhantes aulas de teoria do direito.

Às incansáveis Eva e Isabel, pelo indispensável apoio em tudo o que precisamos.

À minha família querida, especialmente à minha mãe, Ana Maria, meu irmão, Pedro, minha avó Neuly, minha tia Edite e meu tio Antônio Carlos, porque um pouco do que eles construíram certamente está aqui nesse trabalho.

À querida amiga e colega de mestrado Suzane Carvalho do Prado, pelo apoio e interlocução imprescindíveis.

Agradeço especialmente ao Dr. Friedrich Müller, não apenas pela inspiração primeira e pela sua obra, mas também pelo convívio fraterno e a amizade de quem vive conforme se pensa e se escreve. O professor Müller é uma expressão viva de esperança pela emancipação da humanidade.

Um agradecimento mais do que especial à querida professora Dra. Flávia Piovesan, minha orientadora, inspiração e exemplo constantes, um farol que ilumina a todos que toca, que sempre estará impressa com muito carinho em minha caminhada.

Segundo ele [o positivismo legalista], as normas jurídicas não devem ser tratadas como conexas a dados sociais. Reprime-se tudo aquilo como base no qual o fazer dos juristas é genericamente demandado e usado e com base no qual ele funciona.

Friedrich Müller

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Hermenêutica constitucional estruturante: concretismo normativo para a efetividade da Constituição*. 2009. 196 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a teoria estruturante da norma jurídica desenvolvida por Friedrich Müller, com ênfase na estruturação metódica dos elementos normativos reunidos sob a formulação *programa da norma* e *âmbito da norma*. Discute-se a questão sobre a existência de uma única ou mais de uma resposta correta para cada problema concreto. Apreciam-se as posições positivistas, desde a única resposta correta até a multiplicidade insindicável de respostas corretas em Hans Kelsen; as contribuições de Ronald Dworkin; os procedimentalismos de Habermas e de Günther; o suposto caráter alográfico do direito; a possibilidade de múltiplas respostas corretas na teoria estruturante. Superam-se de vez as separações entre interpretação/aplicação e justificação/adequação. Criticam-se os principiologismos. Busca-se a ressubstancialização da constituição e a repolitização do direito, com a inclusão dos conflitos sociais no jogo especificamente jurídico. Assim, também com a justiciabilidade que naturalmente desloca a tensão em direção à ação do Poder Judiciário. Analisa-se a necessária concretização metodológica do controle abstrato de constitucionalidade. Aborda-se a passividade procedimental dos juízes e a evolução da correção funcional constitucionalmente determinada pelo estado de bem-estar social, analisando as características emancipatórias típicas deste e as suas correlatas exigências de ação aos agentes estatais. Apresenta-se a viragem epistemológica da “pós-modernidade” e a necessidade de construção de “mini-racionalidades” capazes de superar os déficits de realidade inerentes ao esquema sujeito-objeto da modernidade. Ao final, chega-se ao estuário das percepções até então empreendidas, com a análise de que o direito brasileiro efetivamente positivado tem caráter emancipatório e comprometido com a gramática dos direitos humanos, tendo a Constituição Federal de 1988 fundado um autêntico Estado Democrático e *Social* de Direito. Propõe-se que as teorias jurídicas que pretendem ultrapassar o positivismo, quanto mais conectadas aos novos pressupostos epistemológicos, terão mais e melhores condições de realizar o projeto constitucional, com destacado papel ao concretismo normativo nos moldes da teoria estruturante do direito.

Palavras-chave: Teoria estruturante do direito, hermenêutica constitucional, pós-positivismo, efetividade da constituição, controle de constitucionalidade, justiciabilidade dos direitos fundamentais, repolitização da constituição.

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Hermenêutica constitucional estruturante: concretismo normativo para a efetividade da Constituição*. 2009. 196 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the structuring theory of law, developed by Friedrich Müller, specially on the methodic construction of the normative elements assembled under the normative program and the normative field. The question on the existence of only one or more than one right answer to each concrete problem is discussed. The positivist positions are evaluated, since the only one correct answer through the multiple uncontrolled right answers that can be found through the work of Hans Kelsen; the contributions of Ronald Dworkin; the procedural theories of Habermas and Günther; the supposed alographic character of law; the possibility of multiple right answers in the structuring theory. Separations between interpretation/application and justification/fitness are to be overcome. Theories on the normative character of the principles are criticized. The material concept of the constitution and the re-politicization of law are searched, including the social conflicts in the specifically legal ground. This way, also with the justiciability that naturally turns the tension towards the active action of the Judiciary branch. The necessary methodological concretization of the abstract control of constitutionality is analyzed. The procedural passivity of the judges and the evolution of the constitutionally determined functional correction in the welfare state are approached, analyzing the characteristics of such state towards the emancipation of the people and its exigencies of action of state agents. The epistemological turning point of the “post-modernity” and the necessary construction of “mini-rationalities” capable of surpassing the deficits of reality inherent to the modernity’s subject-object scheme are presented. At the end, we get to the estuary of the perceptions undertaken up to then, concluding that Brazilian positive law is welfare in nature and implicated with the human rights grammar. Federal Constitution of 1988 has founded an authentic Democratic *and Social* State of Law. It’s proposed that the legal theories that intend to surpass the positivisms, the more connected to the new epistemological premises, will have more and better conditions of making the constitutional project true will come to happen with the distinct role to the normative realism such as the structuring theory of law.

Key words: Structuring theory of law, constitutional interpretation, post-positivism, effectiveness of the constitution, constitutionality control, justiciability of the fundamental rights, re-politicization of the constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
	PARTE 1 - A TEORIA ESTRUTURANTE DA NORMA JURÍDICA.....	22
2	A NORMA JURÍDICA ENQUANTO PROCESSO ESTRUTURADO DE CONCRETIZAÇÃO PROGRESSIVA	23
2.1	UMA ABORDAGEM INDUTIVA	23
2.2	NORMA COMO MODELO DE ORDEM CONDICIONADO PELOS FATOS	25
2.3	O PAPEL DA METÓDICA	27
2.4	NÃO-IDENTIDADE ENTRE A NORMA E O TEXTO DE NORMA	35
2.5	NORMA JURÍDICA ENQUANTO PROCESSO ESTRUTURADO DE CONCRETIZAÇÃO PROGRESSIVA	41
2.6	CONCRETIZAÇÃO É ALÉM DA INTERPRETAÇÃO.....	51
3	A HIERARQUIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO	56
3.1	OS ELEMENTOS HERMENÊUTICOS DE CONCRETIZAÇÃO.....	56
3.2	A HIERARQUIA ENTRE OS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO	57
3.2.1	A Existência de Hierarquia	58
3.2.2	Situações Conflitivas Possíveis.....	60
3.2.2.1	Conflitos entre elementos não referidos a normas	61
3.2.2.2	Conflitos entre elementos não-diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas.....	61
3.2.2.3	Conflitos entre os elementos diretamente referidos a normas	61
3.2.2.3.1	<i>Conflitos entre os elementos metodológicos stricto sensu e do âmbito da norma vs. elementos dogmáticos referidos a normas</i>	61
3.2.2.3.2	<i>Conflitos entre os elementos metodológicos stricto sensu vs. âmbito da norma</i>	62
3.2.2.3.3	<i>Conflitos no interior dos elementos metodológicos stricto sensu (elementos gramatical e sistemático vs. demais elementos metodológicos stricto sensu)</i>	63
3.2.2.3.4	<i>Elemento gramatical vs. elemento sistemático</i>	64
3.2.3	Ausência de Utilidade dos Elementos Gramaticais e Sistemáticos.....	66
4	O CARÁTER INOVADOR DO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA EM MÜLLER.....	68
4.1	A VIRAGEM PARADIGMÁTICA	68
4.2	AS FUNÇÕES PRESCRITIVA E DESCRITIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DO	

	DIREITO.....	69
	PARTE 2 - DO REALISMO NORMATIVO À EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO	71
5	REPOSICIONAMENTO DA PERGUNTA SOBRE A RESPOSTA “CORRETA”. O SENTIDO DA ESTRUTURA DAS NORMAS JURÍDICAS. HERMENÊUTICA COMO REALIZAÇÃO COMPREENSIVA DO DIREITO. POLÍTICA E REALIDADE NA NORMA JURÍDICA.....	72
5.1	UMA QUESTÃO CENTRAL NA TEORIA JURÍDICA	72
5.2	A INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA EM KELSEN.....	73
5.3	A RESPOSTA CORRETA EM DWORKIN	79
5.3.1	Será Que Não Existe Mesmo Resposta Correta Nos Casos Dífceis?	79
5.3.2	Análise da Primeira Corrente	81
5.3.3	A análise da segunda corrente: <i>o argumento da vaguidade</i>	83
5.3.4	A análise da segunda corrente: <i>o argumento positivista</i>	86
5.3.5	A análise da segunda corrente: <i>o argumento da controvérsia</i>	89
5.3.6	Breves síntese e crítica da teoria da resposta certa em Dworkin	92
5.4	A RESPOSTA PROCEDIMENTALMENTE CORRETA EM HABERMAS	95
5.5	O DIREITO TEM CARÁTER ALOGRÁFICO?	100
5.6	O PERIGO DOS ECLETISMOS METODOLÓGICOS	106
5.7	SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO X DISCURSOS DE APLICAÇÃO (OU INTERPRETAÇÃO X APLICAÇÃO): O SENTIDO DA ESTRUTURA DAS NORMAS JURÍDICAS	108
5.8	DIREITOS NÃO SÃO PRINCÍPIOS E A IRRACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO	115
5.9	A NATUREZA POLÍTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	120
5.10	A POSSIBILIDADE DE INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA EM MÜLLER	123
6	CONCRETIZAÇÃO METÓDICA DO CONTROLE OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	128
6.1	VIRAGENS PARADIGMÁTICAS E EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	128
6.2	A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL E A NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE OBJETIVO	132
7	O CONCRETISMO NORMATIZADOR PÓS-MODERNO E A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	154
7.1	A INEVITABILIDADE DO PAPEL CRIATIVO DO TRABALHADOR DO DIREITO	154
7.2	A PASSIVIDADE PROCEDIMENTAL DOS JUÍZES E A EVOLUÇÃO DA CORREÇÃO FUNCIONAL NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL	156
7.3	A PÓS-MODERNIDADE EPISTEMOLÓGICA	167

7.4	DA POSITIVAÇÃO À NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE UM DIREITO EMANCIPADOR...	175
7.4.1	O Direito Constitucional Positivado e o Déficit de Efetividade das “Promessas da Modernidade”	175
7.4.2	Justiciabilidade dos Direitos Emancipatórios	181
7.4.3	Civilidade Já Positivada Não é Mera “Promessa”, é Direito	186
	REFERÊNCIAS	191

1 INTRODUÇÃO

A doutrina publicista clássica, ao excluir do direito constitucional o povo, o poder constituinte e as demandas políticas da sociedade, provocou a dessubstancialização da constituição. Transformada em mera norma superior de um ordenamento jurídico no qual não cabia o mundo fenomênico, passou a ser interpretada tecnicamente a partir de critérios meramente “jurídicos” idênticos à interpretação das leis infraconstitucionais. Foi deslocada à margem de um sistema centrado no direito privado que entronizava a liberdade e a propriedade individuais de abstratos indivíduos supostamente iguais entre si.¹ A colocação da constituição fora do processo político deslocou o foco do debate constitucional para as questões sobre a interpretação e a aplicação do direito constitucional, sendo a jurisdição constitucional o *locus* privilegiado de acontecimento da constituição, tudo sob a égide de positivismos que alheiam a realidade do seu papel co-constitutivo da constituição. As questões fundamentais passam a ser referidas à teoria da norma jurídica, à hermenêutica e à metódica e envolvem as perguntas sobre como o direito acontece na prática, como é a realização do direito enquanto fenômeno normativo real, como se interpreta e/ou se aplica (usando os termos aqui, ainda, em sua dicotomia tradicional) e qual é a posição teórica sobre a existência de uma ou mais de uma resposta correta ou adequada para a resolução dos problemas factuais. O presente trabalho pretende caminhar na direção dessas questões a partir de uma teoria constitucional adequada à vida do estado constitucional e social das democracias contemporâneas. Em especial, a um país como o Brasil, multicultural, plural, extremamente assimétrico e desigual, e que padece de acentuado déficit de realização das condições de vida digna e civilizada, onde a carência de efetividade da constituição matiza a imensa maioria do povo alijada das chamadas “promessas da modernidade”.

A compreensão do fenômeno normativo evoluiu das concepções naturalísticas, inicialmente de inspiração divina e mística, e, posteriormente,

¹ Liberdade e propriedade individuais, aliás, elaboradas pelo iluminismo burguês e introduzidas ineditamente na história através do progressivo triunfo do pensamento liberal que caracterizou a gênese e a primeira geração do constitucionalismo “democrático” da soberania nacional de sufrágio restrito excludente (final do século XVIII e século XIX na Europa continental, e cerca de um século mais cedo na Inglaterra).

calçadas em esforços de racionalização, ainda que metafísica, para os modelos positivistas de formalização e logicização do direito. Esses modelos já sob o Estado de Direito, encobertos sob o manto de uma pretensa (e naturalmente impossível) neutralidade, chegaram aos extremos de abstração e alienação em relação à realidade, com o “purismo” de Hans Kelsen e seus seguidores na Escola de Viena. Após as tragédias ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, creditadas (em seus aspectos jurídicos) intensamente à exacerbação legalista e formalista do positivismo, ensaiou-se um refluxo ao direito natural, do qual o símbolo mais famoso foi a conversão de Gustav Radbruch à cátedra naturalista. Porém a onda jusnaturalista foi apenas um breve refluxo que não ofereceu respostas minimamente convincentes a respeito dos problemas jurídicos e não deixou, portanto, marcas dignas de nota.

Superados os jusnaturalismos, que por vezes reaparecem sob novas roupagens mais sofisticadas, os positivismos permanecem, ontem como hoje, ancorados no esquema iluminista (e também neokantiano) sujeito-objeto que pretende alguma neutralidade do observador e uma objetividade no sentido de validade universal que sempre reduzem o acontecer do direito a uma questão de simples cognição ou de acachapante decisionismo voluntarista. Ou cada problema jurídico tem uma única resposta correta encontrável por meio de um silogismo lógico-formal tanto infalível quanto contrafático, ou o papel da hermenêutica reduz-se à pretensa fixação, também lógico-formal, de uma moldura no interior da qual só existe incontável vontade. Qualquer resposta torna-se admissível, sem que seja possível (coerentemente) a existência de alguma teoria hermenêutica e metodológica, o que acaba por impossibilitar a própria aferição da assertividade das margens da moldura, já que o funcionamento do direito jamais é algorítmico e, por isso, são falhos os esquemas lógico-matemáticos.

Em ambos os tipos gerais de positivismo, a realidade não compõe o abstrato “mundo jurídico” e entra no jogo apenas como premissa menor. Antipositivismos de todos os matizes, sociologistas, realistas, análises econômicas do direito, tópicas, alternativistas, escolas livres do direito, entre outros, não satisfazem às exigências de um regime verdadeiramente democrático e da teoria constitucional a ele subjacente. Há inter-relação indissociável entre a teoria da norma jurídica, a metódica e a teoria constitucional, pois se influenciam

mutuamente, e não se parte aqui de algum ponto arquimediano ou de uma visão meramente procedimental, mas sim da compreensão da necessidade da formação de uma teoria constitucional substancial que esteja conectada à normatividade constitucional segundo o poder constituinte do povo. Os antipositivismos também não logram superar o paradigma positivista na essência em termos de teoria da norma.

A partir dos anos 50 do século XX, surgiu uma nova geração de juristas preocupados em superar o dualismo “direito positivo” vs. “direito natural”, que dominou o debate jurídico durante tantos séculos. As diversas contribuições mais ingentes aos esforços da ciência jurídica para a compreensão efetiva do fenômeno normativo têm perpassado o formalismo legalista e agregado elementos de teoria jurídica material, procurando não resvalar nas categorias do direito natural. Essas correntes de pensamento têm sido designadas, à míngua de um nome melhor, e por vezes de forma confusa e promíscua, de pós-positivistas.² Abrangem um espectro variado e divergente que perpassa orientações de inspiração da hermenêutica filosófica; da (ressurgida) tópica e da nova retórica, no âmbito das teorias da argumentação; a concretização-procedimental da constituição aberta; a interpretação conforme a constituição; a Nova Hermenêutica; neoconstitucionalismos. Nesse cenário surge Friedrich Müller,³ com sua proposta científica inovadora a respeito da compreensão do direito, consubstanciada num plexo de ensinamentos reunidos sob o título de “teoria estruturante do direito”. Trata-se de um conjunto que compreende *dogmática*, *metódica*, *teoria da norma jurídica* e *teoria da constituição* e as coloca em relação umas com as outras. Sua teoria é precursora e rompe com os paradigmas positivistas, ao passo que diversos de seus contemporâneos apenas prosseguem novas visões extraíveis, ainda a partir de um pressuposto positivista, ou de outro extremo, recaem em sociologismos de grau mais ou menos acentuado.⁴ A par da originalidade de sua visão, a teoria estruturante prossegue também em grande parte incompreendida, como sói acontecer com o

² Desde 1970/71, pioneiramente, Friedrich Müller chama o seu novo paradigma de *pós-positivista*.

³ Foi professor catedrático de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e do Estado e Direito Canônico na prestigiosa Universidade de Heidelberg, a mais antiga da Alemanha, onde foi co-fundador da disciplina Lingüística Jurídica.

⁴ Assim como Dworkin faz em relação à Hart, na tradição anglo-saxã, também Müller desenvolve uma intensa crítica em relação à Kelsen e à tradição positivista alemã (também Laband, Anschütz, etc.).

novo e com o que desafia a inércia das estruturas tradicionais, por vezes chacoalhadas sem serem verdadeiramente perpassadas.

O direito constitucional necessita do conhecimento da realidade social e o pretende, pois na democracia constitucional autêntica a validade da constituição depende de sua legitimidade, e esta é referida a um povo concreto, histórico e ativo realizador da constituição e do direito a ela subjacente. O direito constitucional e o direito público, mais acentuadamente do que os demais ramos do direito, possuem natureza eminentemente política. Na interpenetração entre a teoria da norma e a metódica, a necessária viragem paradigmática aponta para uma pragmática jurídica que não recaia em nenhum realismo, isto é, que seja uma teoria da práxis ao mesmo tempo em que mantenha a função social do direito consubstanciada em sua pretensão de normatividade. As exigências do Estado Democrático de Direito devem ser mantidas dentro de padrões de racionalidade e controlabilidade do trabalho jurídico, repelindo decisionismos voluntaristas.

Apesar de as resistências aos positivismos estarem em voga no discurso jurídico doutrinário contemporâneo majoritário, as suas premissas e o seu modo-de-ser continuam dominando em larga medida a prática cotidiana e as mentes dos trabalhadores do direito, culminando em erros básicos e normalmente irrefletidos.

No que concerne à teoria da norma jurídica, não existe cisão entre dever-ser e ser, entre direito e realidade, como se o direito fosse uma categoria reconhecível fora da realidade, não havendo sentido em se pensar um direito auto-subsistente e autopoietico contrafaticamente e pronto *a priori* para ser aplicado aos problemas da vida de acordo com discursos de justificação, de adequação ou mesmo de subsunção. O direito não pode continuar sendo visto como uma entidade metafísica – o “mundo jurídico” –, já que a realidade do direito só acontece em seu funcionamento, e não na estática contemplação dos materiais jurídicos já existentes (e aqui não há nenhum realismo no sentido de “força normativa do fático”).

A norma jurídica não está posta anteriormente ao problema, mas surge em função deste. O direito é simultaneamente uma ciência e uma prática normativa; somente existe em razão dessa qualidade que lhe caracteriza: a normatividade. A normatividade do direito é sempre referida a problemas; exclusivamente acontece em função do caso concreto real ou hipotético; *ante factum* não há direito, mas sim há uma coleção de fontes de direito que

vinculam o trabalho jurídico de determinada maneira, segundo os preceitos democráticos.

As formas lingüísticas em que se vertem os textos das leis não são normas jurídicas, mas apenas textos de normas, os quais se somam a outros padrões referenciais vinculativos do trabalho jurídico. Não se confunde o texto da lei com a norma, pois as palavras que estão no texto da lei não possuem conteúdo algum descontextualizadas. Sem realidade, real ou pensada, não existe direito. Por isso as palavras no texto de norma não são simplesmente plurivocativas: não possuem conteúdo algum enquanto não estiverem referidas a casos e apenas podem ser consideradas multisignificativas em razão da pré-compreensão inerente à inserção do ser-no-mundo. Não é possível atingir o “ideal de norma perfeita” que preveja antecipadamente todos os casos a ela inerentes,⁵ e como o trabalho hermenêutico é sempre referido primariamente ao caso, e não à fonte do direito, pode-se inverter dizendo que a plêiade de casos futuros nunca estará automaticamente resolvida pelo conjunto de fontes de direito postas *a priori*, e isso não apenas pela impossibilidade lógica de continência do conteúdo normativo, mas também pela exclusão dos momentos valorativos e políticos inerentes ao direito. A norma jurídica só existe quando a linguagem está umbilicalmente relacionada ao caso. Antes dessa comunhão entre linguagem e caso o texto é ainda incompleto e não pode ser compreendido enquanto norma.

A norma jurídica é criada pelos trabalhadores do direito num processo dinâmico e progressivo de concretização jurídica, materialmente vinculado às disposições democráticas, em que os diversos elementos provindos das fontes de direito somam-se a determinados elementos do mundo fático, identificados e considerados relevantes, em uma imbricação que faz (naturalmente) referências simultâneas de uns com os outros, sem distinção hierárquica ou conseqüencial.

Assim, a norma jurídica é composta pelo conjunto de elementos provindos das fontes de direito (programa da norma) e dos dados da realidade (âmbito da norma), que também são fontes do direito, desta forma estruturada de maneira completa, incluso o mundo fenomênico e os elementos valorativos e

⁵ Não é possível não apenas quantitativamente, mas sim qualitativamente, pois a linguagem apenas funciona em razão de sua imprecisão.

políticos inerentes ao problema. Considera-se normativo tudo aquilo que efetivamente contribui para solução do caso.

A hermenêutica jurídica é estabelecida não mais como teoria da interpretação, mas como teoria da *realização* do direito normativo em um contexto em que interpretação e aplicação não existem separadas, mas apenas *fundidas* no mesmo instante e no mesmo horizonte de compreensão.⁶

O modo concretizador-normativo de pensar a norma jurídica reintroduz a política, a vida social, o povo e os conflitos na estrutura normativa do direito, procedendo à necessária re-politização do direito,⁷ especialmente do direito constitucional e do direito público, e insere na gramática jurídica problemas até então relegados a outras instâncias de discussão e decisão.

Para abordar essas questões, o presente trabalho foi dividido em duas partes básicas.

A Primeira Parte dedica-se a apresentar e a debater a teoria estruturante da norma jurídica desenvolvida por Müller. A ênfase está na estruturação metódica dos elementos componentes da existência da norma jurídica, reunidos sob a formulação ainda dicotômica (mais didática e operacional do que efetivamente distintiva) do *programa da norma* e do *âmbito da norma*, desenvolvendo as premissas teóricas imprescindíveis à correta compreensão do alcance do sofisticado pensamento do autor, cujo realismo mantém-se normativo e vinculado às exigências democráticas. A metódica é colocada no seu devido lugar, com pretensões apenas limitadas de objetividade, identificável como intersubjetividade imperfeita, porém necessária à honestidade do método e à maximização possível da controlabilidade racional. A dissolução da oposição entre direito e realidade inova em relação aos paradigmas tradicionais renitentes, ousando ao apresentar o direito conforme as mais recentes posições epistemológicas, sem reduzi-lo ao que simplesmente acontece. É permitido o aparecimento da estrutura da norma jurídica, em seus elementos, da maneira mais completa, controlável racionalmente, democrática e consentânea às exigências do

⁶ Sem descuidar do caráter normativo do direito, pois a teoria da práxis não deve recair em algum realismo ou sociologismo em que o direito seja identificado com a sua realização.

⁷ Faz-se a ressalva, que permeia todo o trabalho, de que *o direito sempre é político*, e quando se fala em repolitização não se está a considerar que em algum momento houve uma realização do direito que não fosse essencialmente política. A repolitização significa aqui a externalização refletida dos elementos políticos co-constitutivos do direito e as conseqüências metódicas e de teoria da norma daí advindas.

Estado Democrático e Social de Direito.

O entendimento da teoria estruturante depende da correta compreensão da ancoragem metodológica empreendida pela hierarquização dos elementos de concretização hermenêutica, que exigem da norma jurídica, construída (inexoravelmente) com o aporte de valorações do decisor a partir de sua compreensão existencial concomitante aos diversos passos do processo progressivo de construção, o permanente vínculo com as deliberações democráticas, e os marcos referenciais das fontes de direito válidas.

A Segunda Parte abrange discussões sobre certas conseqüências da adoção de uma teoria estruturante de cariz realista-e-ainda-normativo sobre as possibilidades de solução dos casos concretos e sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade, e ainda, a importância metódico-tecnológica superlativa de tal teoria para a efetiva realização do direito posto em um Estado Democrático e Social de Direito.

O Capítulo quatro procura discutir uma questão central na teoria do direito e que irradia suas conclusões e inerências a diversos setores do direito teórico e prático: a existência de uma única resposta correta ou adequada para cada problema concreto, ou mais de uma resposta igualmente correta ou adequada. Apreciam-se as posições positivistas, desde a única resposta correta, logicamente conseqüente de um raciocínio silogístico supostamente capaz de apreender a complexidade existencial da vida, até a multiplicidade insindicável de respostas corretas no interior da moldura pseudo-lógica de Hans Kelsen e sua teoria pura da norma que retira do direito toda a sua normatividade assim como qualquer pretensão hermenêutica.

São analisadas as contribuições de Ronald Dworkin para o debate, e o seu retorno tardio ao jusnaturalismo por meio da sua forma de inserção da moral no direito, que envolve a metafísica figura do juiz-Hércules capaz de chegar a uma única resposta correta por meio da reconstrução da integridade, isto é, a renovação contínua de uma sempre nova teoria que apreenda a totalidade do direito e mantenha a coerência interna com o passado e o presente. Enfocam-se os procedimentalismos de Habermas e de Günther com as suas respostas procedimentalmente corretas obtidas por meio de uma contrafática situação ideal de fala. Suas teorias são caracterizadas pela ausência de preocupação especificamente com as substâncias normativas e por ser irrealizável na prática,

pela artificialidade de suas condições de possibilidade, que nem em graus minimamente aceitáveis pode existir na vida das sociedades humanas. O caráter alográfico do direito envolveria a re-expressão do conteúdo incrustado no texto de norma, conforme a metáfora artística de Eros Grau, que mistura (conscientemente, diga-se de passagem) conceitos pós-positivistas com outros arraigados no positivismo, em um discurso que apresenta, em grande medida, uma tendência de senso comum no discurso dos juristas na atual era de simbióticos “neoconstitucionalismos” marcados sobretudo pela “normatividade dos princípios” e pela “ponderação”. Acerta-se ao aceitar-se a multiplicidade possível de respostas igualmente adequadas para os casos concretos, mas o instrumental reprodutivo de sentido à disposição do intérprete mantém os esquemas sujeito-objeto e impede o progresso no sentido da externalização da reflexão e da controlabilidade das decisões. Criticam-se os ecletismos metodológicos que permitem a utilização simultânea das diversas teorias hermenêuticas pelos trabalhadores do direito como se as contradições inafastáveis entre elas não tornassem incoerentes as decisões e os meios com os quais são produzidas, determinando-se a necessidade de coerência metodológica para que a metódica não seja o instrumento para o triunfo do subjetivismo incontrolável, e escamoteado.

Após todas essas considerações, é feito o reposicionamento da questão sobre a existência de uma única resposta correta no sentido da pergunta sobre a normatividade do direito impressa na estrutura completa da norma jurídica em sua inter-relação de elementos co-constitutivos. Supera-se de vez a separação entre interpretação e aplicação, assim como a distinção entre discursos de justificação/fundamentação e de adequação, e leva-se essa superação às suas necessárias conseqüências: a compreensão é sempre contínua e indissociavelmente já a aplicação do direito, pois o sentido contedúístico é sempre contemporâneo do estágio de compreensão em que se encontra o intérprete; e a norma não é objeto nem de demonstração nem de justificação, mas sim de *construção* (ou de *concretização*).

Rejeita-se a correção teórica das teorias que conferem “normatividade aos princípios”, basicamente porque direitos não são princípios, mas sim direitos. As teorias principiológicas partem das premissas positivistas que identificam a norma como sendo um *a priori* no “mundo jurídico” e buscam um ideal de norma perfeita em suas intencionalidades de otimização ou de aplicação em graus diferentes, em

ponderações com outros princípios, tanto irracionais quanto incontroláveis, a despeito dos esforços de depuração metodológica empreendidos por parte da doutrina. A exigência de ponderação ou (a) pode ser remetida a etapas estruturadas do processo de concretização jurídica, restando, assim, uma noção inútil e descartável; ou (b) acaba por escamotear o decisionismo subjetivista e incontrolável, ou seja, é apenas capaz de camuflar a ausência ou a impertinência do raciocínio empregado na resolução do caso.

Demonstra-se como o direito na sua totalidade, e o direito constitucional em especial, é sempre revestido de natureza política, pois a realização da constituição é uma tarefa eminentemente política a ser empreendida na historicidade de um povo, em sua unidade juridicamente conformada, com a inclusão dos conflitos sociais no jogo especificamente jurídico. Assim, também com a justiciabilidade⁸ que naturalmente desloca a tensão em direção à ação do Poder Judiciário, mormente quando o aprofundamento da democracia inclui maiores camadas da população no processo político real (efetivação do sufrágio universal concreto e não apenas abstrato), levando às demandas por cidadania e por civilidade que caracterizam o estado de bem-estar social. Como ressalta Amartya Sen, “os direitos políticos são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação dessas necessidades econômicas”,⁹ demonstrando claramente que o divórcio entre *direito* e *política* é tão artificial quanto irreal. Além de inconveniente em sociedades extremamente desiguais como a brasileira, esse divórcio não se conforma com as exigências jurídicas da “cidadã” Constituição Federal de 1988.

A partir da constatação e qualificação da natureza jurídica do direito constitucional – a qual, em razão da pretensão de ubiquidade do direito constitucional, espraia-se por todo o direito –, aliada à existência de momentos valorativos e voluntaristas na formação da norma jurídica pelos decididores, chega-se à possibilidade de mais de uma resposta correta na teoria estruturante do direito

⁸ Justiciabilidade significa aqui a inserção de conflitos e matérias no âmbito de apreciação tipicamente jurisdicional, propiciando a consideração de demandas como direitos e, portanto, exigíveis judicialmente.

⁹ SEN, Amartya, no prefácio de FARMER, Paul. *Pathologies of power*. Berkeley: University of California Press, 2003.

de Müller. Remanescem corretas, no trabalho progressivo de concretização hermenêutica, as respostas que sejam imputáveis metódica e simultaneamente às fontes de direito e ao caso decidendo, devendo as opções políticas estar consentâneas à constituição e externalizadas estruturadamente, inserindo-se no ordenamento jurídico.

O Capítulo cinco centra-se na necessária concretização metodológica do controle abstrato de constitucionalidade. Repudia-se a asserção comum de que uma alteração no posicionamento jurisprudencial em relação a certo assunto não representa que a posição anterior estava errada, sendo apenas diferente. É até possível que assim seja, porém, na maioria dos casos, a viragem jurisprudencial significará sim que o precedente estava errado, com as conseqüências daí advindas. Em tema de fiscalização de constitucionalidade, um controle meramente “abstrato” apenas seria possível por meio da ilusão de uma norma perfeita prévia capaz de atender a todas as necessidades de interpretação/aplicação, seqüestrando a historicidade inerente ao acontecer e ao compreender hermenêutico. Todo controle é sempre concreto, referido à realidade, devendo-se proceder à incorporação metódica dos elementos fáticos do âmbito normativo, a partir do âmbito material, à estrutura da decisão mesmo nos processos objetivos. Já que o texto de norma não é norma, e esta só existe em função da realidade, mesmo nos controles objetivos a decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade deve referir-se à norma jurídica estruturada com todos os seus elementos inerentes ao programa e ao âmbito normativos. O caráter metódico dos elementos hermenêuticos fornece certamente uma tecnologia para o aperfeiçoamento do trabalho jurídico no sentido da realização da democracia constitucional enraizada nos fundamentos caros desde, pelo menos, Jean-Jacques Rousseau.

O Capítulo seis aborda a passividade procedimental dos juízes e a evolução da correção funcional constitucionalmente determinada pelo estado de bem-estar social, analisando as características emancipatórias típicas deste e as suas correlatas exigências de ação aos agentes estatais. Apresenta a viragem epistemológica da “pós-modernidade” e a necessidade de construção de “mini-racionalidades” capazes de superar os déficits de realidade inerentes ao esquema sujeito-objeto da modernidade. Apresenta-se o *status quo* da justiciabilidade dos direitos emancipatórios, com ênfase nos direitos à saúde e à educação. Ao final, chega-se ao estuário das percepções até então empreendidas, com a análise de

que o direito brasileiro efetivamente positivado tem caráter emancipatório, progressista, libertário e comprometido com a gramática dos direitos humanos, no plano interno e internacional – tendo a Constituição Federal de 1988 fundado um autêntico Estado Democrático e *Social* de Direito. O direito positivado deve ser concretizado na vida real das pessoas e das comunidades que integram o povo brasileiro, não podendo permanecer meramente simbólico e nem sofrer da atual carência de efetividade. Propõe-se que as teorias jurídicas que pretendem ultrapassar o positivismo, quanto mais conectadas aos novos pressupostos epistemológicos da realidade, terão mais e melhores condições de realizar o projeto constitucional, com destacado papel ao concretismo normativo nos moldes da teoria estruturante do direito, em um trabalho de evolução científica e simultaneamente pragmática.

Acredita-se, com Katya Kozicki, que “O direito e sua aplicação pelos tribunais podem se constituir em um efetivo instrumento de intervenção e transformação social, possibilitando a obtenção de ‘justas’ e ‘boas’ respostas para alguns dos problemas vivenciados pela sociedade contemporânea.”¹⁰ E insere-se o trabalho no contexto de tentativa de superação do paradigma positivista-legalista, acoimado pela “crise dos paradigmas” de que fala Antônio Carlos Wolkmer, *in verbis*:

Daí a obrigatoriedade de se propor a discussão sobre a “crise dos paradigmas”, delimitando o espaço de entendimento da crise na esfera específica do fenômeno jurídico. A crise, portanto, no âmbito do direito, significa o esgotamento e a contradição do paradigma teórico-prático liberal-individualista que não consegue mais dar respostas aos novos problemas emergentes, favorecendo, com isso, formas diferenciadas que ainda carecem de um conhecimento adequado.¹¹

¹⁰ KOZYCKI, Katya, no prefácio de BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 13-14.

¹¹ WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação*. 2003. p. 2. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 02 fev. 2007.

PARTE 1

A TEORIA ESTRUTURANTE DA NORMA JURÍDICA

2 A NORMA JURÍDICA ENQUANTO PROCESSO ESTRUTURADO DE CONCRETIZAÇÃO PROGRESSIVA

2.1 UMA ABORDAGEM INDUTIVA

A abordagem indutiva consiste em uma análise crítica da prática jurídica real, e o ponto crítico é fornecido pelos princípios do direito em vigor.¹² É a constituição em uma democracia substancial que exige a prática jurídica metodologicamente estruturada, diferenciando a legislação (produção de textos de norma) da atividade jurisdicional (produção de normas com base nos textos de norma). A historicidade do compreender hermenêutico do ser-no-mundo não pode dispensar o trabalho metodológico, ainda que a objetividade jurídica deva ser reconsiderada como uma intersubjetividade e cujas possibilidades de rendimento são limitadas. Perde-se de vez a ilusão, a profissão de fé, de que seria possível atingir resultados válidos por via da dedução formal fundada em sistemas artificiais.¹³ E isso não apenas na ciência jurídica, mas até mesmo nas ciências naturais, em que o objeto é co-determinado pelas indagações propostas por um indispensável pré-projeto de pesquisa.

A metódica e a teoria da norma devem ser estudadas a partir de reflexões internas da própria ciência jurídica, prescindindo de apelar para modelos de outras ciências ou da filosofia. Diz Müller com acuidade que:

[...] a ciência do direito é suficientemente rica de impulsos práticos e de um potencial de reflexão para se mover no nível de uma teoria moderna procedendo de forma indutiva e imanente, pelo aprofundamento de sua própria reflexão, ao invés de desviar sua rota pelos terrenos de disciplinas não-jurídicas (tradução nossa).¹⁴

Parte-se da idéia fundamental de que a norma jurídica não se identifica com o texto de norma. A norma jurídica é o *resultado de um trabalho que a produz*. Não é um trabalho de extração da norma a partir do texto (encontrar o que este já contém), mas sim um trabalho de construção, de concretização, que envolve o papel criativo

¹² MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 12.

¹³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁴ *Ibid.*, p. 25. (No original: “[...] la science du droit est suffisamment riche d’impulsions pratiques comme d’un potentiel de réflexion pour se mouvoir au niveau d’une théorie moderne tout en procédant de façon inductive et immanente, par approfondissement de sa propre réflexion plutôt qu’en détournant sa route pour les terres des disciplines non-juridiques.”)

do jurista, materialmente vinculado de acordo com sua função constitucionalmente determinada e orientada. A elaboração da teoria estruturante do direito, sendo indutiva, configura um trabalho “de baixo para cima”¹⁵ (tradução nossa), da práxis ao sistema. “Lá onde Kelsen pensava em dever parar, é onde o trabalho começa”¹⁶ (tradução nossa). Não que isso signifique retomar o fio condutor das premissas kelsenianas, ao contrário, parte-se de novas premissas. O novo paradigma pós-positivista surge justamente para ser uma evolução científica em relação aos avanços até então procedidos, incumbindo-se de responder às questões não-respondidas pelo positivismo legalista e, simultaneamente, desvelar os pontos encobertos e chegar àqueles não atingidos até então. Propõe-se uma leitura filiada à Teoria Crítica do e no direito. Nas palavras de Wolkmer:

Na verdade, a ‘teoria crítica’ aplicada ao Direito pretende repensar, questionar e romper com a dogmática lógico-formal imperante em uma época ou em um determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições para o amplo processo pedagógico de ‘esclarecimento’, ‘autoconsciência’ e ‘emancipação’. A Teoria Crítica do Direito não só analisa as condições do dogmatismo técnico-formal e a pretensão de cientificidade do Direito vigente, como, sobretudo, propõe novos métodos de ensino e de pesquisa que conduzem à desmistificação e à tomada de consciência dos operadores jurídicos.¹⁷

Conforme a Teoria Pura, a atividade do jurista deve ser o resultado de um esforço primeiramente de exclusiva cognição, somado à subsequente volição pura e incontornável. No interior do quadro (supostamente deduzido a partir de regras da lógica formal),¹⁸ a escolha tomada pela decisão não é passível de controle a partir de uma metódica jurídica. O “normativismo” formalista-legalista abre espaço para o puro “decisionismo”, tendo Kelsen renunciado a qualquer tarefa de caráter metódico.¹⁹

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não

¹⁵ MÜLLER, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 32. (No original: “Du bas vers le haut.”)

¹⁶ MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, p. 439 apud MÜLLER, *Discours...*, p. 7. (No original: “Là où Kelsen pensait devoir s’arrêter, là commence le travail.”)

¹⁷ WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação*. 2003. p. 4. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 02 fev. 2007.

¹⁸ Pode-se asseverar que não apenas a decisão voluntarista dentro da moldura estabelecida é puro decisionismo, mas também a própria formação do quadro já é decisionismo também, na medida em que as regras aplicáveis à hermenêutica são apenas pseudo-lógicas.

¹⁹ O próprio Carl Schmitt chegou a afirmar que “(...) em toda decisão na qual, processualmente, realizam-se subsunções de tipo concreto existe insuprimível ‘decisionismo’, que não pode ser derivado do conteúdo da norma”. Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*, Madrid: Tecnos, 1983, p. 90.

há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma [identidade texto-norma], apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ [...].²⁰

A teoria positivista da norma indevidamente esconde os verdadeiros problemas da concretização quando pressupõe a existência da tensão norma/realidade, sujeito/objeto, vontade/cognição, dever ser/ser, encobrendo os processos reais de decisão, alijando para fora do direito tudo o que supostamente fosse metajurídico. A teoria estruturante do direito põe em foco a relação entre texto de norma (dados lingüísticos) e realidade, sendo os elementos inerentes a ambos co-determinadores do conteúdo da norma, que é o produto de um trabalho progressivo e dinâmico, materialmente vinculado. A norma jurídica não é apenas dever-ser, mas um fenômeno real (apreensível no mundo concreto) composto de linguagem e de fatos. Não faz sentido qualquer oposição ou tensão entre dever-ser e ser. Do ponto de vista do paradigma kelseniano, a teoria estruturante do direito é definitivamente impura. Conforme a teoria estruturante da norma jurídica, reveste caráter normativo tudo aquilo que determina o caso a ser decidido, tudo o que dá à sua solução a direção. A norma deve ser formulada para o caso concreto a partir de um trabalho sobre os textos (dados lingüísticos) e sobre os dados factuais (dados da realidade). Desse duplo trabalho decorre a estrutura da norma em um programa normativo (resultado do trabalho de interpretação) e um âmbito normativo (resultado da análise do segmento da realidade pertinente ao caso).

2.2 NORMA COMO MODELO DE ORDEM CONDICIONADO PELOS FATOS

A normatividade é uma qualidade dinâmica da norma tomada em sua relação com a realidade: a norma ordena a realidade ao mesmo tempo em que ela é, parcialmente, por ela determinada. A relação entre o programa normativo e o âmbito normativo não se analisa por meio dos esquemas dualistas (e metafísicos) do dever ser e ser, dicotomia superada pelo pós-positivismo, mas como um *conjunto*

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 391.

estruturado. A norma construída não é uma norma individual, ela permanece geral. O âmbito normativo não se identifica com os dados específicos do caso da espécie. O âmbito normativo é composto dos elementos de um setor da realidade social quantitativa e qualitativamente pertinentes em relação ao programa normativo: o setor da realidade social sob análise nas estruturas normativamente pertinentes. A norma assim construída é utilizável para os casos análogos, isto é, para os casos em que todos os elementos relevantes e identificáveis sejam equiparáveis. Daí o esquema mülleriano: “Num caso como esse, vale...”.²¹

Pode-se adequadamente designar o processo real de criação normativa de *concretização* da norma, nome, aliás, amplamente adotado pelas mais diferentes correntes do pensamento hermenêutico, com significados muito distintos e por vezes antagônicos. Aqui, a concretização deve ser entendida como *construção estruturada* da norma jurídica, e não meramente como densificação, especificação, individualização ou justificação. É por isso que é comum na jurisprudência a apresentação, precedendo a decisão, dos *motivos determinantes* da decisão: eles enunciam o texto da norma jurídica *num caso como esse* (não o texto de norma), a partir do qual se chega à norma-decisão que resolve o caso da espécie.

A teoria estruturante, de certa forma, propõe-se a responder o paradoxo posto por Wittgenstein: “posso seguir uma regra ao mesmo tempo em que devo previamente interpretá-la?”²² E ao moldar a teoria da norma jurídica como processo dinâmico materialmente ordenado segundo os pressupostos de uma teoria constitucional adequada às exigências estruturais do atual Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica exsurge como ciência eminentemente decisória (cuja metódica é focada no problema) e a construção normativa resulta, por ser fruto da atuação funcional, dos diversos operadores do direito envolvidos – ação constitucionalmente orientada e vinculada, da jurisprudência, da ciência jurídica e, também, da legislação, da administração e do governo.²³ É por isso que se pode dizer que a norma jurídica não é criação (já) do processo legislativo, mas sim resulta

²¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. *passim*.

²² BOVERESSE, 1986 apud MÜLLER, *Discours...*, p 21.

²³ “A metódica do trabalho é uma *metódica de titulares de funções*. Em nível hierárquico igual ao lado da jurisprudência e da ciência jurídica, a legislação, a administração e o governo trabalham na concretização da constituição”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 51.

da participação de todos os agentes (poderes públicos e atores privados) envolvidos na solução do caso concreto.

É relevante ainda dizer que há um ponto de conexão importante entre a teoria estruturante do direito e a semântica prática, na teoria da linguagem, ambos partindo de uma viragem pragmática (viragem epistemológica), saindo dos positivismos respectivos: na teoria da linguagem, o que vê na língua um sistema natural normativo dado pré-existente e, na teoria do direito, o que vê a norma jurídica como uma grandeza pré-existente ao trabalho de concretização.

2.3 O PAPEL DA METÓDICA

A importância da metódica jurídica é relativa em dois sentidos: (a) é específica para a ciência jurídica e (b) é limitada pela racionalidade possível no direito. Ela se limita a exigir a racionalidade máxima e a honestidade metódica ótima no processo de concretização (objetivo e valor da *honestidade dos métodos*).

A metódica não tem por função satisfazer as necessidades de certeza objetiva (pelo menos no sentido estabelecido pela tradição, isto é, apenas é adequado referir-se a “objetividade” na ciência do direito a partir de uma perspectiva que adote uma nova concepção sobre o que é a objetividade), mas também não se lança a um sociologismo, a um pragmatismo ou a um realismo, nos quais a força do direito perde para o direito da força, e também não pode ser tomada como uma axiomática. A utilização de uma metódica adequada é uma exigência do Estado Democrático de Direito, em que o poder é tomado enquanto processo generalizado e formalizado de comunicação. Por isso, a despeito da reconhecida relatividade da sua utilidade e da limitação nas suas possibilidades, os elementos metódicos são imprescindíveis para a racionalização da aplicação do direito no sentido da controlabilidade e da verificabilidade ótimas do trabalho decisório conforme as exigências democráticas. Se a concretização racional de uma norma deve ser, na máxima medida possível, a “aplicação de um procedimento conforme a regra”,²⁴ é imprescindível a adoção de perspectivas honestas e fundadas na práxis em tudo o que se refere às possibilidades da metódica no âmbito especificamente jurídico. A

²⁴ SAVIGNY, 1840 apud MÜLLER, Friedrich, *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 104.

pretensão de objetividade na ciência jurídica limita-se à exposição sistemática do fenômeno normativo (e, assim, da estrutura da norma) sem que a “regra” fornecida pela metódica possa ser concebida como revestida de imperativo lógico-formal, assim como são abandonadas as expectativas (repetidamente frustradas) de adequação “universal” e utilidade absoluta.

O trabalho jurídico deve ser metódico na medida em que a metódica, entendida como as regras sobre o percurso da aplicação prática do direito, determina a obrigatoriedade de uma exposição racional sobre os motivos pelos quais são tomadas as decisões, o que significa, a partir de um ponto de vista de norma como conjunto estruturado de elementos co-constitutivos da normatividade, permitir a identificação completa (a mais completa possível, conforme os parâmetros mais aperfeiçoados em termos de controlabilidade) da estrutura normativa pertinente ao caso. A completude da estrutura da norma jurídica pretendida pela correta e adequada concepção metódica adotada prescinde de que se pesquise aquilo que se pode chamar de psicologia historicizante do decisor, que é a pretensão de se externar o caminho da formação íntima do convencimento do juiz, ainda que o trabalho jurídico exija que sejam revelados todos os elementos efetivamente considerados relevantes para a constituição da norma. E, aqui, já se revela uma limitação relativa da metódica no trato das questões ligadas à pré-compreensão especificamente jurídica.

As condições da cognição nas ciências humanas em geral, e no direito em particular, não prescindem de valorações subjetivas e de critérios de aferição mediados por avaliações subjetivas determinadas pela experiência do sujeito, já que não existe compreensão, qualquer compreensão, sem pressupostos, sem preconceitos formadores da memória global do ser historicamente inserido no mundo e que permitem a sua atuação por meio da linguagem. Para interpretar é preciso primeiro compreender, e só é possível compreender a partir de uma pré-compreensão que se tenha. A interpretação se desenvolve a partir de um vasto conjunto de pressuposições cuja amplitude psicológica é imensurável e indeterminável a partir de qualquer nível de percepção que se pretenda científico. Esse conjunto de pressuposições conforma o ser-no-mundo do sujeito e fundamenta sua personalidade integral, de maneira que a compreensão é uma experiência mundana, nunca metafísica. A partir da compreensão de que o trabalho jurídico se desenvolve por meio da linguagem, no novo paradigma, esta deixa de ser

considerada um simples meio de trabalho, uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto, para ser inserida dentro do processo existencial de concretização do direito, passando a ser considerada uma condição de possibilidade da interpretação, sendo o trabalho jurídico necessariamente produtor e não simplesmente reproduzidor de sentido. O mundo não é dado ao trabalhador do direito primariamente como um conjunto de “objetos” prévios com os quais ele se relacionaria posteriormente, no momento da “aplicação”, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe.²⁵ “O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas”.²⁶

O direito, diferentemente da lei [do texto de lei], não é algo que permaneça inalterado; é *ato* e, portanto, não pode ser um objeto que se possa conhecer independentemente do sujeito.²⁷ A expressão do processo hermenêutico enquanto ato (ação) produtivo de sentido, ainda que correta, é insuficiente para apartar uma teoria que pretende alavancar a maior racionalidade possível no trabalho jurídico em relação às teorias decisionistas e voluntaristas e das teorias naturalistas, pois a afirmação da inevitabilidade da pré-compreensão no trabalho hermenêutico não deve nunca significar a sua gratuidade. É pertinente reproduzir parcialmente a explanação elaborada por Eros Grau a respeito da exposição de Gadamer sobre a pré-compreensão e o círculo hermenêutico.²⁸

²⁵ *Dasein* sendo o “estar-aí” ou o “ser-aí”. Segundo Lênio Streck, o próprio Heidegger diz textualmente que *Dasein* é a “condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no modo de ser da prestabilidade”, e complementa Streck afirmando que “O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter com o mundo; o *Dasein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o *Dasein*, como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas, sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. E essa idéia do conhecimento como articulação de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) originária que Heidegger chama de ‘círculo hermenêutico’”. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 171-172.

²⁶ Esta afirmação final vem de Lênio Streck, para quem “Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra”. *Ibid.*, p. 172 e 175.

²⁷ KAUFMANN, Arthur. Panorâmica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfrid (Org.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 120.

²⁸ GADAMER, 1991 apud GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 113.

Toda interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar e orientar seu mirar à *coisa mesma* (que para o filósofo são textos com sentido que, por sua vez, tratam de coisas). O *deixar-se determinar pela coisa mesma* é, assim, a *tarefa primeira, constante e última* do intérprete.²⁹

Quem deseja compreender um texto realiza sempre um *projetar*. Aparecendo no texto um primeiro sentido, o intérprete imediatamente projeta um sentido do todo. Este sentido manifesta-se apenas porque aquele que lê o texto o faz desde determinadas expectativas, por sua vez relacionadas a algum sentido determinado; a compreensão do texto consiste na elaboração desse *projeto prévio*, que deve ir sendo constantemente revisado, com base no que vai resultando conforme se avança na penetração do sentido. Mas toda revisão do primeiro projeto se apóia na possibilidade de antecipar um *novo projeto de sentido*; é possível que vários projetos de sentido conflitem entre si, até que se possa univocamente estabelecer a unidade de sentido: a interpretação começa sempre com conceitos prévios que se deve progressivamente substituir por outros mais adequados. Aquele que tenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas.

Assim, a tarefa da compreensão consiste na elaboração de projetos corretos e adequados às coisas, projetos que, enquanto *projetos*, são antecipações que se devem conformar *nas coisas* – aqui não há outra *objetividade* senão a convalidação que as opiniões prévias obtêm ao largo de sua elaboração; note-se que a *arbitrariedade* das opiniões prévias inadequadas se expressa na sua aniquilação no processo de aplicação. A compreensão apenas alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias, com as quais ela se inicia, não são arbitrárias. Por isso é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que em si subjazem, porém examine tais opiniões no que respeita à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.³⁰ E prossegue Gadamer a observar que o compreender é dotado de um *movimento circular*. A antecipação de sentido que faz referência ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam

²⁹ GADAMER, 1991 apud GRAU, op. cit., p. 113.

³⁰ Ibid.

o todo.³¹

A partir dessa percepção, revela-se a limitação da metódica em apreender o movimento hermenêutico, na medida em que o círculo hermenêutico não é concebido como provido de características metódicas, mas sim como descritor do conjunto de momentos existenciais inerentes à compreensão. Por isso a indissociabilidade entre metódica, teoria da norma jurídica, teoria constitucional e dogmática é imprescindível como manancial estruturado para a totalidade do trabalho jurídico, ainda que apenas de acordo com as respectivas limitações em termos de objetividade propriamente jurídica. No âmbito específico do Direito Constitucional, que é direito essencialmente político, a hermenêutica constitucional adequada depende de uma prévia teoria constitucional constituída, em alguma medida, de estrutura prévia de sentido global sobre a Constituição, composta de uma (inevitável, ainda que aperfeiçoável) posição, uma visão e uma concepção prévia a respeito.

A concretização do direito sendo realizada dentro da e por meio da linguagem, sempre é co-constituída pelo horizonte pré-jurídico da compreensão global. Porém, a assunção do papel exercido pela pré-compreensão não implica a aceitação de alguma gratuidade ou arbitrariedade na sua influência sobre o trabalho jurídico. Os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos, na maior medida possível, de forma racionalizada e controlável na estrutura da fundamentação da decisão. A impossibilidade da apreensão total desses elementos não elimina a possibilidade de evolução da ciência jurídica no sentido de progressiva racionalização – no sentido de se *dar um passo adiante* – no manejo das questões de operatividade do direito. Os preconceitos produtivos de sentido material da compreensão devem ser selecionáveis e identificáveis em relação aos preconceitos que impedem a compreensão *correta*, os quais são, contextualizadamente, destrutivos de sentido, no que se refere à norma. Negar essa possibilidade ao trabalho jurídico em sua totalidade – pois a tarefa não é exclusiva da metódica, mas de um conjunto mais abrangente dos setores do conhecimento jurídico – seria, em medida mais ou menos intensa, render-se a um procedimentalismo vazio de normatividade e ensejaria a maximização da irresponsabilização pelos erros

³¹ Ibid., p. 114.

cometidos na interpretação jurídica, pois irrefletidos ou inadmitidos (como possuindo a condição de erros).

A tarefa da ciência jurídica, diante da natureza inconsciente da pré-compreensão, é freqüentemente estancada *ab initio*. Mesmo em sistemas considerados abertos, como a tópica, a pré-compreensão é despida de categorias propriamente jurídicas, o que propicia a tradicional visão da sua incontrollabilidade, a qual contamina, refletidamente ou não, a teoria sobre o sistema jurídico, franqueando-o a voluntarismos, decisionismos, naturalismos, antipositivismos e outras tendências que se congregam no ponto de vista relativamente comum sobre a necessária falibilidade dos esforços da ciência jurídica no trato da pré-compreensão.

O trabalho hermenêutico deve progredir no sentido de criar condições para a *conscientização dos conteúdos inconscientes* inerentes à existencialidade do ser-no-mundo dos trabalhadores do direito, construindo categorias e conceitos jurídicos que instrumentalizem – de maneira cada vez mais refletida e exposta, por isso racionalizável e controlável – os diversos aspectos que *entram em jogo* quando do trabalho jurídico. A pré-compreensão, que sempre existe anteriormente à discussão e à decisão jurídicas do caso a ser solucionado, deve ser reconhecida como tarefa da teoria do direito, ainda que sejam limitadas as possibilidades de apreensão racional do seu objeto. Considerando que as questões hermenêuticas são habitualmente pré-decidas pela pré-compreensão consciente ou inconsciente, o trabalho deve ser intenso no desenvolvimento de uma teoria constitucional material fundamentadora das posições prévias componentes da hermenêutica do direito constitucional. E aqui repousa uma tarefa inafastável do trabalho jurídico, que compreende o político sem pretender anulá-lo, uma concepção de que sempre que se fala em jurídico está-se a falar em político, sendo o direito algo eminentemente político, notadamente o direito constitucional.

A pré-compreensão individual é formada a partir da totalidade de experiências do ser. Porém, tendo em conta a (necessária) distinção entre a pré-compreensão propriamente jurídica e a pré-compreensão geral, apenas uma pré-compreensão que seja exposta de maneira racionalizada e diferenciada na medida do possível, ou seja, na medida em que possa ser *trazida à tona para a consciência* do ser, pode ser pressuposto juridicamente aceitável para uma concretização minimamente controlável.

Mesmo que o esforço hermenêutico nesse sentido não seja capaz de

abranger a pré-compreensão inconsciente não elucidada, e portanto, apenas domine uma “parcela” da pré-compreensão, ainda assim favorece a discutibilidade e os postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito em relação aos momentos de concretização real do direito. A pré-compreensão especificamente jurídica, que caracteriza uma teoria constitucional material, seleciona exclusivamente elementos juridicamente elaboráveis da pré-compreensão geral para utilização no trabalho jurídico, reconhecendo sua limitação, mas atribuindo superior grau de controlabilidade em termos de concretização prática do direito.

A teoria estruturante do direito propugna que, com vistas à pergunta pela relação entre direito e realidade, a doutrina constitucional como hermenêutica constitucional necessita de uma complementação referente à dimensão de método que permita informar até que ponto e por qual caminho os elementos da realidade, quer dizer, também da pré-compreensão pré-jurídica, não-jurídica, podem se tornar eficazes para a concretização da norma e controláveis nessa mesma concretização por meio da formulação e diferenciação conceituais. A pergunta pela objetividade especificamente jurídica, pelas suas condições e pelos seus limites pode ser formulada também aqui nos termos da teoria da norma como pergunta pela correspondência prática entre normatividade e estrutura da norma.³² A busca pela maximização da racionalidade e da controlabilidade ótima da aplicação prática do direito é inerente à impossibilidade de concebê-la com objetividade plena e integral, no sentido universalista, já que existe na solução jurídica do caso concreto um caráter decisório e valorativo co-constitutivo da normatividade.

É tarefa da teoria do direito empenhar-se em explicitá-los de acordo com a estrutura da norma própria da normatividade do ordenamento jurídico. A verificabilidade máxima acontece na medida em que sejam separados analiticamente, de maneira mais nítida, os passos racionalizáveis no itinerário do procedimento de concretização/aplicação do direito, inclusive no que se refere aos valores que subjazem de maneira abrangente e holística sobre a totalidade da decisão, fazendo emergir à consciência as posições políticas e as concepções de mundo e sobre o sistema jurídico que estão envolvidas, acarretando a minimização

³² MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 87.

das valorações genéricas arbitrárias. Os teores materiais utilizados na atividade prática de realização do direito devem ser inseridos na estrutura da norma, ainda que mediados pela linguagem.

Nesse diapasão, a ciência jurídica abandona as pretensões de objetividade universal e avança um passo na direção da maximização da sua “capacidade de rendimento” pela formulação de uma objetividade e validade geral especificamente relativizada e limitada. Passa a ser sustentada pela totalidade dos elementos lingüísticos e materiais que efetivamente determinam a decisão, em outras palavras, passa a revestir de normatividade tudo o que efetivamente possui normatividade na práxis, emergindo à superfície da consciência a estrutura da normatividade da norma jurídica, colocando em relevo mais o detalhe e menos uma teoria geral. A ciência jurídica que se ocupa da realidade não oculta as características valorativas e de decisão necessariamente presentes no trabalho hermenêutico. Tem o dever de expor e revelar o mais detalhada e fielmente possível o voluntarismo axiológico envolvido, tratando-o como questão propriamente jurídica e inerente à normatividade. Para tanto precisa introduzir metodologicamente em seu campo de abrangência os elementos políticos, materiais, reais e de qualquer maneira não-diretamente referidos a textos lingüísticos que compõem a concretização normativa. Propõe-se uma complementação, e não um mero ecletismo, entre o pensamento axiomático e o pensamento problemático, com ênfase na vinculação do procedimento hermenêutico à norma constitucional e ao ordenamento jurídico como um todo.

Só é possível fazer progredir a metódica jurídica por meio de metódicas particulares melhor elaboradas nos diferentes ramos do direito. E o ponto de partida tomado para a teoria da norma e a metódica desenvolvidos por Müller são as dificuldades e as experiências de um campo específico, o direito constitucional, e implica ao mesmo tempo os seus pressupostos relativos à estrutura de posituação dos preceitos constitucionais e ao seu caráter eminentemente político. Mas, apesar disso, o *modelo-quadro da metódica estruturante*, desenvolvido em sua obra, procura apreender, para todos os domínios normativos e dogmáticos do direito, o processo de concretização das normas e, portanto, o trabalho jurídico ligado pelos textos de normas, fornecendo o *equipamento necessário para as diversas modalidades do trabalho jurídico*.

Os fatores irracionais que são inevitáveis na decisão não devem ser

escondidos nem camuflados sob o manto de uma resolução puramente subjetiva tomada em silêncio. Esses fatores devem ser colocados abertamente na mesa e, assim, fazerem-se acessíveis ao controle e à crítica alheias, na maior medida possível à racionalidade humana. A teoria estruturante do direito faz com que se afaste da concepção tradicional da função da metódica, concebida como *arte da justificação*, para uma concepção pós-positivista de *reflexão sobre a produção do direito* que seja ao mesmo tempo realista e respeitosa dos princípios da democracia e do Estado de Direito.

Conforme apontado por Dworkin – autor que também pretende superar o formalismo positivista –, no positivismo, a fundamentação da decisão busca a sua justificação. Poderíamos acrescentar que *não busca a construção da norma*, atividade que o decididor está verdadeiramente realizando. Em sua obra seminal, *Levando os direitos a sério*, Dworkin dissecou o positivismo na versão que considera a mais elaborada, a exposta por Herbert Hart em *O conceito de direito*, oportunidade em que tece o seguinte comentário.

Quando um juiz apela para a regra de que qualquer norma que a Legislatura emite é Direito, ele está adotando um ponto de vista interno em direção a uma regra social; o que ele diz é verdade porque uma prática social nesse sentido existe, mas ele vai além de simplesmente dizer que é assim. Ele sinaliza sua disposição de considerar a prática social como uma *justificação* para se conformar a ela (tradução e grifo nossos).³³

Conforme será visto, a partir de uma perspectiva pós-positivista, o trabalho do juiz – que pode ser chamado de *decididor*, para abranger uma gama mais ampla de atores que decidem casos jurídicos – é o de um construtor da norma jurídica, e não um mero justificador de suas decisões.

2.4 NÃO-IDENTIDADE ENTRE A NORMA E O TEXTO DE NORMA

O paradigma jurídico tradicional, positivista legalista, chama de “norma” o texto legislado,³⁴ fruto do processo legislativo, consubstanciado em uma

³³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978. p. 51. (No original: “When a judge appeals to the rule that whatever the legislature enacts is law, he is taking an internal point of view that effect exists, but he goes beyond simply saying that this is so. He signals his disposition to regard the social practice as a justification for his conforming to it”)

³⁴ Ainda que várias correntes internas ao positivismo tenham conseguido perpassar esse paradigma.

determinada espécie normativa (p.ex. o texto da constituição, de uma lei ordinária, de uma medida provisória). Essa identificação entre texto e norma, ilusoriamente transforma a atividade do jurista em um trabalho simplesmente sobre textos, sobre dados lingüísticos, afastando de suas considerações os pertinentes dados da realidade.

O positivismo não sabe como trabalhar com a realidade, conseqüentemente, a nega. Disso resulta uma dogmática professada e pretensamente escoimada da história, da filosofia, da política e da economia, da vida real, enfim, de todos os elementos “não-jurídicos”. Ao atingir a pretendida pureza, por meio do paradigma positivista “reprime-se tudo aquilo, com base no qual o fazer dos juristas é genericamente demandado e usado e com base no qual ele funciona”.³⁵ Os textos de norma (estatutos, leis etc.) são ainda tratados quase à unanimidade, pelos positivistas e mesmo pelos antipositivistas e muitas correntes pós-positivistas, “como se fossem dados imediatos no sentido de fenômenos da natureza”³⁶ (em fase de elaboração), procedendo à “reificação de prescrições legais e conceitos jurídicos em mera pré-existência, que facilmente abandona o chão da positividade historicamente fixada e se converte em metafísica de má qualidade”.³⁷

É evidente que mesmo os que proclamam a utilização dos métodos canônicos tradicionais em seu trabalho jurídico, utilizam elementos da realidade fática em suas decisões, de forma não-refletida ou (pelo menos) não-exposta. Ao olhar de um observador atento e pós-positivista, ao agir escudado retoricamente nos cânones de Savigny, o trabalho daquele que se declara positivista, como que implícita e simultaneamente, nega os seus pressupostos auto-proclamados. Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal qual a procedida por Müller em relação ao Tribunal Constitucional Federal alemão,³⁸ assim como qualquer outra que se faça em relação a qualquer juízo, revela a utilização recorrente e inevitável de dados fáticos na conformação da decisão para os casos decididos, e não à maneira silogística (é dizer, não para a formação da premissa menor), mas sim como elementos co-determinadores do conteúdo normativo.

³⁵ MÜLLER, *Métodos...*, 2005, op. cit., p. 158.

³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Estrutura da norma e normatividade*. parte 2, p. 2 (ainda não publicado em português, gentilmente cedido pelo autor).

³⁷ MÜLLER, *Métodos...*, 2005, op. cit., p. 158

³⁸ MÜLLER, *Discours...*, op. cit., passim.

A não ser em casos-limite raros, e de qualquer forma não-característicos do direito constitucional e do direito público, a normatividade nunca se expressa como mera subsunção.

Ao equiparar texto e norma, o modelo hermenêutico positivista se expressa por meio de termos como *interpretação*,³⁹ *explicação*, *aplicação*, como se o texto promulgado já contivesse em si a normatividade inerente às normas (o que nunca é verdadeiro). O trabalho do jurista seria *extrair* do texto o seu significado. Nesse sentido, a hermenêutica positivista clássica reifica a normatividade jurídica, atribuindo muito ao teor literal do texto de norma, conferindo-o mais do que este pode realmente ostentar. A metáfora positivista seria do jurista-garimpeiro, que encontra na pedra bruta a sua matéria-prima, que já contém em si suas propriedades, cabendo-lhe apenas descobri-la, lavrá-la e lapidá-la, para que tome a forma de uma pedra preciosa. O trabalho jurídico, assim, seria reprodutivo de sentido, e não criativo, e a matéria bruta (o texto de norma) já conteria, em si, a norma jurídica, cujo significado é apenas desvelado pelo jurista.

A partir de um paradigma estruturante da norma, pós-positivista, o texto da norma, o produto legislado, é apenas a “ponta do *iceberg*”,⁴⁰ em nada se confundindo (desde já) com a norma jurídica,⁴¹ é apenas um dos seus elementos formadores, ainda que possua essencial centralidade no fenômeno normativo. É claro que a expressão “ponta do *iceberg*” não pode e não deve ser distorcida para ser interpretada como se concedesse ao intérprete liberdade hermenêutica; ao contrário, significa justamente que o submerso, quando da elaboração de uma decisão, deve emergir e submeter-se à controlabilidade característica da honestidade dos métodos.

O texto literal legislado não é a lei, mas sim apenas a *forma da lei*.

Uma metáfora pós-positivista seria, talvez, a do jurista-artista, como um escultor que, a partir de dados brutos, que o vinculam de certa maneira, esculpe criativamente a sua obra. No processo de implementação real das normas, que se realiza na práxis do mundo fenomênico, estas aparecem como “modelos de ordem

³⁹ No alemão, *auslegung*, como que retirar do objeto algo que ele já contém.

⁴⁰ Na famosa metáfora cunhada por Friedrich Müller. Cf: MÜLLER, . *Métodos...*, 2005, op. cit. p. 53.

⁴¹ E não se poderia designar a espécie normativa legislada pelo termo “norma” a não ser por metonímia, como, p.ex., nos referimos a um “copo de água”, quando na verdade o copo é de vidro, apenas está cheio de água.

materialmente determinados”,⁴² sendo a normatividade inerente às prescrições jurídicas co-constituídas pelo teor material dos fatos relacionados com o caso a ser decidido (âmbito da norma).

O texto da lei serve como principal parâmetro para a formulação do *programa da norma* – componente da estruturação da norma que reúne os elementos ligados aos aspectos lingüísticos envolvidos, especialmente o teor literal do texto legislado. Mas a normatividade não é produzida (já e apenas) pelo texto, resulta de dados extralingüísticos de tipo estatal-social:⁴³ de uma pessoa real, investida em função operadora do direito, imbuída de sua pré-compreensão (de mundo, do direito e dos elementos do caso), de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade (atualização) efetivas do ordenamento constitucional em face do caso concreto. Daí há elementos que, ainda que quiséssemos, e ainda que o legislador (como se este fosse uma figura personalizada) tivesse pretensões de perfeição (típicas de concepções místicas, divinas ou até mesmo cartesianas), ser-lhe-ia impossível açambarcar. A vida é muito mais rica e complexa do que podem os textos de norma jamais apreender.

Por isso, os textos de norma *não* possuem nenhuma normatividade por si sós. O que tradicionalmente todos chamam de norma não possui qualquer normatividade – não é norma, portanto. Os textos de norma se caracterizam, outrossim, por revestirem *validade* jurídica, que os impõem aos operadores do direito como ordens materialmente vinculantes, exigência do Estado Democrático de Direito. Textos de normas são válidos e vigentes, mas não normativos. Nesse diapasão, Müller estatui que:

Também o ‘*conteúdo*’ de uma prescrição jurídica, isto é, os *impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição* que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente ‘presentes’ no seu teor literal [mas sim na ação funcional da pessoa (ou das pessoas) envolvida(s) na tomada de decisão]. Esse conteúdo também pode ser formulado apenas em linguagem pelo teor literal, pode ser ‘representado’ apenas pelo modo peculiar à linguagem. Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o

⁴² MÜLLER, *Métodos...*, 2005, op. cit, p. 103.

⁴³ E aqui se infere que a teoria estruturante do direito se insere no contexto de um direito positivo de cunho estatal (ou estataliforme), e que atenda às exigências do Estado Democrático de Direito.

funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação lingüística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização (grifo do autor).⁴⁴

O texto da norma não “contém” antecipadamente a normatividade (ou o conteúdo normativo, expresso pela normatividade) e, por si só, nem mesmo a estrutura material concreta. O texto de norma apenas “*dirige e limita* as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada pelo direito no âmbito do seu quadro” (grifo nosso).⁴⁵ Isso significa que o jurista tem um papel concretizador *ativo, criativo* de conteúdo e significado – e não meramente reproduzidor de sentido –, segundo uma divisão funcional do trabalho e dos papéis determinada pelo ordenamento jurídico. Ronald Dworkin se depara com a questão sobre o conteúdo da lei quando, respondendo aos seus críticos, especificamente ao positivista Raz, coloca-se a pergunta: “O que é que conta como uma lei completa?”⁴⁶ Propõe, então, o seguinte pensamento:

Suponha que você leu um longo livro sobre geologia, e eu lhe peço que me diga que informação ele contém. Você o fará por meio de uma série de proposições de fato. Mas agora suponha que eu pergunte primeiro quantas proposições de fato o livro contém, e qual teoria você usou para contá-las. Você me consideraria maluco, não simplesmente porque a questão é extremamente difícil, como se eu tivesse lhe perguntado quanto grãos de areia existem em uma praia específica, ou porque ela requer uma diferenciação conceitual difícil de ser feita, como se eu tivesse perguntado quantos seres humanos existem em um grupo que incluísse uma mulher no início da gravidez. Você pensaria que eu sou maluco porque *eu lhe perguntei um tipo de questão inteiramente errado sobre o material à mão*. O livro contém um manancial grande de informações; **proposições** são maneiras de apresentar informações, mas o número de proposições usadas vai depender de considerações independentes do conteúdo da informação, como, por exemplo, se alguém usa a expressão genérica ‘rochas’ ou os nomes de tipos específicos de rochas (tradução e grifo nossos).⁴⁷

⁴⁴ MÜLLER, *Métodos...* 2005, op. cit., p. 38-39. Uma das evidências do que vem de ser dito é a normatividade do direito consuetudinário, inegável, sendo consenso que, mesmo nos ambientes onde o direito positivo é predominantemente estatutário, como o nosso, existe *praeter constitutionem* um direito constitucional consuetudinário com plena qualidade normativa.

⁴⁵ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 56.

⁴⁶ DWORKIN, *Taking...*, op. cit., p. 75. (No original: “What is to count as one complete law?”)

⁴⁷ DWORKIN, *Taking...*, op. cit., p. 75-76. (No original: “Suppose that you have read a book about geology, and I ask you to tell me what information it contains. You will do so in a series of propositions of fact. But now suppose I ask you first how many propositions of fact the book contains, and what theory you used in counting them. You would think me mad, not simply because the question is preposterously difficult, as if I had asked you how many separate grains of sand there were in a

A análise expendida por Dworkin serve de sustentáculo ao que se pretende demonstrar aqui (ainda que os escritos de Dworkin tenham uma preocupação imediata com o sistema da *common law*, seus ensinamentos repercutem fortemente em nosso ambiente). O texto da norma, sendo mera formulação lingüística, é em si mesmo “*um evento, um fato.*”⁴⁸ Esse texto é sim um significante vinculativo da atividade do jurista, a qual será compreendida como um trabalho criativo, porém vinculado, e dinâmico de concretização progressiva da norma jurídica, mas que apenas pode conter um conteúdo [sem pleonasmos] qualquer quando contextualizado pela atividade do jurista à realidade do problema que se apresenta a resolver. O texto possui sempre uma estrutura aberta à introdução dos elementos “atualizadores” advindos do problema do mundo fenomênico a ser resolvido, devendo o jurista, em palavras bem sintéticas, *contextualizar o texto* para que esse assuma o caráter de norma racionalmente criada para o caso. Essa “abertura” tem sido destacada pelos diversos autores que pretendem superar o positivismo, sendo expressa por diversas acepções conceitualmente diferentes. Dworkin trabalha com a idéia de princípios – a normatividade dos princípios (os princípios enquanto sendo direito), idéia cara a Robert Alexy⁴⁹ -- enquanto Müller rejeita a distinção entre princípios e regras, considerando-a ainda presa ao paradigma que pretende superar, o positivista, como será visto adiante.

Dworkin remata afirmando: “A minha afirmação não foi o de que ‘o direito’ contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros princípios”,⁵⁰ como se fossem lista fechada, conceitual e universalmente apreensíveis (paradigma da modernidade). Mas sim de que “De fato, eu quero opor

particular beach, or because it requires a difficult conceptual discrimination, as if I had asked you how many human beings there were in a group that included a woman in early pregnancy. You would think me mad because I had asked entirely the wrong sort of question about the material at hand. The book contains a great deal of information, but the number of propositions used will depend on considerations independent of the content of the information, such as, for example, whether one uses the general term ‘rocks’ or the names of particular sorts of rocks”

⁴⁸ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 63. O constitucionalista gaúcho assevera que “embora Günther não fale em texto, mas sim em normas, ele reconhece – acertadamente – que cada norma (que, neste caso, deve ser lida como texto) contenha já, por seu simples conteúdo semântico, uma referência a situações ou, mais precisamente, ostente sinais de descrição de uma situação, circunstância que possibilita uma aproximação com a tese aqui defendida de que o texto é um evento, de que o texto não é apenas um enunciado lingüístico”, o que ressalta o caráter vinculativo do texto.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. *passim*.

⁵⁰ DWORKIN, *Taking...*, op. cit., p. 76. (No original: “My point was not that ‘the law’ contains a fixed number of standards, some of which are rules and others principles.”)

a idéia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie”,⁵¹ abrindo-se à racionalidade da resolução do caso concreto à luz do influxo dos seus elementos particulares, especialmente daqueles vindos do âmbito fático. É dizer, conquanto possa se afirmar que Dworkin segue parâmetros distintos dos de Müller, ambos alinham-se na perspectiva de abertura racional, e vinculada, ao caso decidendo, ambos sem recair em sociologismos ou em teorias tópicas.

A contradição interna ao discurso de Dworkin reside na sua dificuldade em admitir o papel criativo do trabalho do decisor ao afirmar textualmente que “Permanece o dever do juiz, mesmo nos casos difíceis, de *descobrir* quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retrospectivamente” (grifo nosso).⁵² O trabalho do jurista não se resume a descobrir, como a própria teoria dos princípios de Dworkin argutamente demonstra, mas sim em racionalizar e estabelecer criativamente a norma jurídica para casos como o decidendo – a estrutura do processo de concretização será vista adiante.

2.5 NORMA JURÍDICA ENQUANTO PROCESSO ESTRUTURADO DE CONCRETIZAÇÃO PROGRESSIVA

A teoria estruturante do direito repousa sobre a idéia de que a normatividade é um *processo estruturado*, em que o texto literal de lei (a forma da lei) é o principal ponto de partida, ainda que não o único, para a determinação do *programa da norma*, e a construção da norma jurídica em si (e, inclusive, a do programa da norma) será feita também com elementos do *âmbito da norma*, de idêntico nível hierárquico em relação ao programa da norma. O *âmbito da norma* é o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”.⁵³ “Escolheu” porque em grande parte os elementos não são gerados pelo próprio direito, mas também “criou” na medida em que o próprio direito pode ter gerado a realidade mencionada (como nos casos de prazos, datas, questões processuais formais, personalidade jurídica abstrata etc.). O âmbito da norma se refere, portanto, a dados da realidade fática (“situação normada”), inicialmente não expressos em linguagem (conquanto

⁵¹ Ibid. (No original: “Indeed, I want to oppose the idea that ‘the law’ is a fixed set of standards of any sort.”)

⁵² DWORKIN, *Taking...*, op. cit., p. 81. (No original: “It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively.”)

devam ser tratados lingüisticamente no processo de concretização).

Como a normatividade é um processo estruturado orientado materialmente pelas prescrições jurídicas, os elementos “normativos” (prescritivos) e os “empíricos” se inter-relacionam de forma reciprocamente interdependente, sem hierarquização entre eles. O texto da norma e o fato normado são co-constitutivos da normatividade – é dizer: o fato é não apenas *normado*, é também simultaneamente *normatizador* – o que é especialmente evidente no direito constitucional, no qual as normas jurídicas não são juízos hipotéticos isoláveis diante da realidade que pretende normatizar, são inferências classificadoras e ordenadoras a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado.

A atividade jurídica consiste em um processo de *concretização* justamente em razão do seu caráter de construção *progressiva* do conteúdo normativo. O texto de norma não é a norma.⁵⁴ Parte-se do *texto de norma* (na verdade, de um amontoado de textos de norma cogitáveis) e das *circunstâncias fáticas do caso* como elementos iniciais do processo de concretização. A análise recíproca desses elementos interligados leva ao desenvolvimento do *programa da norma* e do *âmbito da norma*, já mais concretos que os elementos precedentes, cuja combinação resultará na *norma jurídica*,⁵⁵ que é mais concreta que o mero texto de norma, inicial, porque já impregnado do e fortemente ligado, em sua estrutura, ao caso a ser decidido.

A norma jurídica assim estabelecida, em vista do caso concreto, é ainda uma norma geral e abstrata (aplicável a “casos como este”). Com base nessa norma jurídica, chega-se ao texto da *norma-decisão* do caso da espécie, individual e específica, mais concreta que a norma jurídica.

A inteira compreensão desse processo de concretização envolve o conhecimento dos seus aspectos estruturais, que estão sendo apresentados, e também dos seus aspectos metódicos, que serão abordados mais adiante.^{56,57}

⁵³ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 57.

⁵⁴ E nem poderia ser mesmo, em razão da normatividade ser sempre e sempre indissociavelmente inerente à realidade atual do caso a ser decidido.

⁵⁵ Resultará no *texto da norma jurídica*, que não se confunde com o texto de norma inicialmente escolhido como referência vinculante para o caso.

⁵⁶ Percebe-se que, em verdade, estrutura e método são tão interligados na teoria estruturante que a sua segregação analítica não demonstra a mesma autonomia característica das teorias jurídicas tradicionais.

Devemos desenvolver um pouco mais a análise da estrutura progressiva de concretização que vem de ser apresentada, o que se faz com auxílio, também, do esquema gráfico apresentado na folha seguinte.⁵⁷

A ciência normativa é uma ciência decisória, razão pela qual a pergunta pela normatividade apenas se coloca diante de um caso concreto (real ou hipotético). O trabalho do jurista se inicia com a análise das *circunstâncias fáticas do caso*, assim considerados os dados da realidade que lhe são apresentados, ainda não organizados e não esquematizados juridicamente. Em função das características das circunstâncias fáticas do caso, o jurista seleciona, entre a *massa de textos de normas existentes*, aqueles que ele considera em vigor⁵⁸ e que sejam pertinentes ao caso. Esses são os textos de lei que serão considerados inicialmente como hipóteses de trabalho.

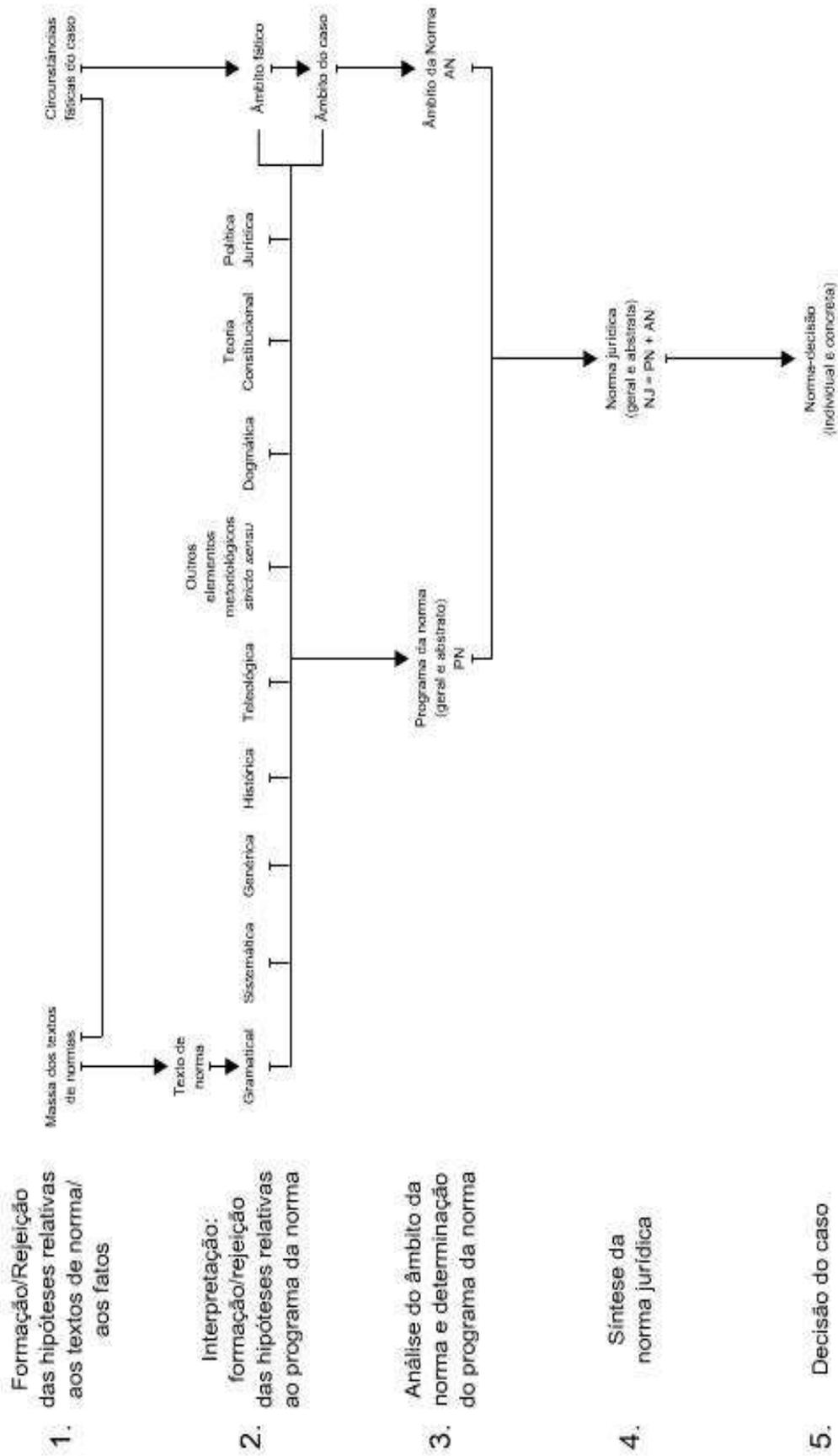
A partir desses textos de norma, o jurista elabora os *âmbitos fáticos*⁶⁰ abrangidos e admitidos pelos textos lingüísticos, normalmente de conteúdo mais extenso ou mais extensível do que os elementos do caso da espécie. Esses âmbitos fáticos são até mesmo de amplitude indeterminável (quantidade incalculável), na medida em que são possibilidades de trabalho fornecidas a partir da inter-relação texto-realidade. E, por razões de economia e com vistas à finalidade de seu trabalho – produzir a decisão, com base na norma jurídica que é também produzida no processo – o jurista reduz o âmbito fático ao *âmbito do caso*, que representa os dados fáticos relevantes para o trabalho de concretização em um específico caso concreto (o qual, ao ser posteriormente transformado em âmbito da norma, será generalizado para “casos como este”). Dessa maneira, a estrutura do âmbito do caso que conforma o problema

⁵⁷ MÜLLER, *Discours...*, op. cit., p. 224. “Durante a seqüência que leva do texto de norma à norma-decisão, passando pela norma jurídica, os elementos do trabalho jurídico, colocados em forma de texto, apreciados a partir dos dados do caso e com vistas à sua solução, tornam-se progressivamente mais concretos de acordo com o ritmo do processo de decisão, considerados tanto na sua evolução empírico-temporal, quanto no seu desenvolvimento sistemático e conceitual.”

⁵⁸ Esquema realizado, com adaptações, a partir da concepção elaborada por Lothar H. Fohmann (MÜLLER, op. cit., p. 228).

⁵⁹ Embora nem sempre ressaltado, a própria decisão sobre a validade e a vigência do texto da lei normalmente não é um dado *a priori*, mas sim parte inerente ao processo de concretização (exceto em casos-limites de revogação expressa consensualmente aceita *a priori* para *casos como o decidendo*).

⁶⁰ Na tradução de Peter Neumann, *âmbito material*; na tradução francesa de Olivier Jouanjan, *champ factuel*; e *sachbereich* no original.



de maneira especificamente jurídica é considerada como elemento (ou, mais precisamente, como conglobante de um conjunto de elementos) pertencente e indispensável à realização do direito, é fator co-constitutivo necessário para a compreensão da norma, em sua estrutura completa (isto é, exposta, refletida e honesta, não escamoteada). Mas os dados fáticos, assim colocados em relevo, são apenas alguns dos elementos estruturais informativos da determinação normativa a que se procede por meio do procedimento de concretização, não representando o ponto de orientação final constitutivo da norma jurídica.

Com base na interação texto da norma-realidade, até então já expendida,⁶¹ o jurista elabora, em seguida, o *programa da norma* por meio da interpretação do conjunto de dados lingüísticos pertinentes. A elaboração do programa da norma, conquanto utilize métodos de *interpretação* de textos jurídicos, desde os clássicos até os mais recentemente ressaltados pela jurisprudência, é co-determinada pelos elementos fáticos do âmbito do caso, os quais servem de filtro para possibilitar a tomada de decisão, em vista das múltiplas possibilidades de casos diferentes, reportáveis aos mesmos textos de norma. O jurista escolhe, assim, sob a direção (limites positivos) e a delimitação (limites negativos) fornecidas pelo programa da norma e sob o influxo do âmbito do caso, o respectivo *âmbito da norma*, que se refere aos dados da realidade situados em conformidade com o programa da norma *em um caso como esse*. O âmbito da norma é o componente objetivo da prescrição jurídica⁶² e se refere à realidade, conquanto com ela não se confunda, já que é elemento abstraível para abranger outros casos como esse, é dizer: o âmbito da norma é suscetível de generalização para casos análogos.⁶³

Programa da norma e âmbito da norma, conjuntamente, formam a *norma jurídica*, que permanece norma geral, aplicável a casos como esse; a partir da qual se determina a *norma-decisão*, que nada mais é do que a norma jurídica

⁶¹ Equivalente àquilo que chamam “círculo” ou “espiral hermenêutica”, ainda que assentado sobre premissas diferentes.

⁶² MÜLLER, *Discours...*, op. cit., p. 195.

⁶³ Nas palavras de Müller: “Do ponto de vista dos métodos de trabalho, isso significa dizer: os elementos fáticos não devem entrar sem seleção no processo de concretização, mas apenas sob uma forma que seja *orientada a partir dos textos e suscetível de generalização*” (grifo nosso). MÜLLER, *Discours...*, op. cit., p. 195. (No original: “Du point de vue des méthodes de travail, cela veut dire: les éléments factuels ne doivent pas entrer sans sélection dans le processus de concrétisation, mais seulement sous une forme qui soit orientée d’après les textes et susceptible de généralisation”)

individualizada especificamente para o caso específico, completando o processo progressivo de concretização. Norma e realidade não são duas grandezas autônomas e independentes, como se existisse um mundo ideal do dever-ser que pudesse ser interpretado para ser aplicado aos casos fenomênicos (o mítico “mundo jurídico”). A norma não existe sem a realidade que lhe é imanente e que co-constitui seu conteúdo, razão pela qual o direito é ciência decisória – e nisto consiste a sua natureza de ciência normativa.

As noções de programa da norma, âmbito da norma, âmbito fático, âmbito do caso etc., não são estabelecidas segundo um modelo pseudo-ontológico (de matiz positivista), como se fossem objetos ou coisas, que “já estivessem lá”. São *noções operacionais, instrumentos de trabalho*, que analiticamente representam o fenômeno normativo real enquanto processo progressivo de concretização.

Não se deve pensar que o âmbito da norma é o amontoado de elementos fáticos existentes no conjunto fenomênico relacionado ao caso. Este consubstancia o *âmbito fático*. Em meio ao âmbito fático, o programa da norma seleciona e destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa; o que significa que o âmbito da norma é determinado pelo conjunto de elementos fáticos relevantes à solução do caso decidendo, materialmente orientado pelo programa da norma.

Apenas podem ser considerados elementos constitutivos da norma jurídica os fatores da realidade que:

- a) devam ser considerados *em todos os casos como esse*, o que reveste o âmbito fático da generalidade que lhe é inerente; e
- b) não contradigam o programa da norma previamente estabelecido por meio da interpretação de todos os dados lingüísticos.⁶⁴⁻⁶⁵

E, ainda por isso, o âmbito da norma não representa nenhuma “força normativa do fático”. A teoria estruturante não professa nenhum sociologismo jurídico, o qual quase sempre resvala num decisionismo tão livre quanto a liberdade conformadora do intérprete kelseniano, no interior da moldura normativa.

⁶⁴ Essa “ancoragem”, que antecipa a formação do programa da norma em relação ao âmbito da norma, abre o flanco para críticas. A preocupação metódica aqui estabelecida, juntamente com a hierarquização dos elementos hermenêuticos, deve ser vista não como um retorno a premissas positivistas, nem como fechamento interpretativo, mas sim como cumprimento das exigências democráticas do Estado de Direito.

⁶⁵ MÜLLER, *Discours...*, op. cit., p. 199.

Um decisionismo à moda de Carl Schmitt resta tão arbitrário quanto a teoria pura do direito.⁶⁶ A teoria estruturante não é nenhum antipositivismo (aliás, superar o positivismo não é nunca um fim em si mesmo e não deve ser feito à míngua das conquistas históricas por ele alcançadas), mas sim um prosseguimento da evolução científica *após* o positivismo (mesmo sem ser *a partir* do positivismo, já que inicia um novo paradigma).

A norma se encontra “constantemente ligada ao contexto das situações sociais e das concepções sócio-políticas sobre as quais deve agir”,⁶⁷ o que faz com que o conteúdo da norma deva ser modificado segundo as circunstâncias. As normas constitucionais *não* são incompletas, como assevera a maioria da doutrina. *Todas as normas*, e em especial as constitucionais, só se completam pela composição do seu texto formal com a realidade, razão pela qual deve a constituição ser plenamente concretizada de acordo com a divisão funcional do trabalho jurídico entre os poderes constituídos, segundo os postulados do Estado Democrático de Direito. A utilização dos elementos fáticos no processo de concretização não acontece (meramente) em razão da plurivocidade de significados ou de conteúdos inerentes aos textos de normas – abundância de sentidos –, mas sim porque *o texto desconectado do fato não tem sentido algum* – ausência de sentido –, já que ainda não contextualizado, não estará relacionado à realidade.

A linguagem – que é meio e processo de comunicação – só existe e funciona por ser primeiramente indeterminada, apenas adquirindo significado quando relacionada ao fim a que se destina – o que Davidson chamou de *princípio de autonomia do significado*.⁶⁸ As palavras são revestidas de fungibilidade para serem utilizadas nos mais diferentes contextos; em verdade, poderiam ser utilizadas em *qualquer* contexto, como ilustra o caso do “bububu” wittgensteiniano. À expressão “bububu” podem ser imputados quaisquer significados, por exemplo, pode ser uma brincadeira de criança ou uma onomatopéia fantasmagórica. Wittgenstein procurou provar que o intérprete do texto não pode dele se assenhorar

⁶⁶ SCHMITT, Carl. *The concept of the political*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 19-79. *passim*.

⁶⁷ Extrato de fundamentação do Tribunal Constitucional Federal alemão apud MÜLLER, *Discours...*, op. cit., p. 197.

⁶⁸ MÜLLER, 2004 apud BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

completamente – o texto teria algum germe mínimo de significação que impediria a completa manipulação do seu conteúdo pelo agente. Nesse diapasão, “bububu” não poderia nunca significar: “se não chover, vamos passear à tarde”. Em contestação à teoria do significado mínimo inerente, Jacques Derrida sugeriu que se alguém pronunciasse “bububu” durante um colóquio sobre Wittgenstein, essa palavra poderia justamente significar “se não chover, vamos passear à tarde”, em virtude da contextualização que passou a ser feita pelos interlocutores.

Isso demonstra que a linguagem não produz sentido *per se*, mas apenas relacionada, de modo que os textos de normas não possuem conteúdo que não seja referido ao caso concreto. Rodrigo Meyer Bornholdt afirma que os sentidos de um texto “não serão esgotados nem mesmo por todas as variantes existentes num dicionário”.⁶⁹ Na verdade, a utilização de um dicionário como referência já é uma contextualização inicial – uma pré-contextualização – ainda que insuficientemente abstrata (especialmente para fins jurídicos).

A partir de qualquer ponto de vista que considere o texto como sendo polissêmico, surge a questão gadameriana da pré-compreensão como fator de imputação de significado aos signos de linguagem componentes do direito positivo (legislado ou consuetudinário). As premissas subjacentes ao modelo de raciocínio que ensejam a afirmação de que o intérprete é um ser-no-mundo, e não um semi-deus situado em algum ponto arquimediano, instrumentalizado apenas com sua pré-compreensão (ao menos no momento inicial do trabalho hermenêutico-decisório), propicia a assertiva corrente de que “A amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades tópicas” [interpretativas].⁷⁰ Em outras palavras, o texto da lei, e mesmo o direito não-escrito possui um texto, *limita* o trabalho do intérprete, vinculando-o de alguma maneira. Esse limite-vinculação determinado pelo texto, aliás, essencial ao sistema em um Estado Democrático de Direito, é consoante à proibição da criação do direito *ex post facto* (postulados da anterioridade, da segurança e da certeza do direito), razão pela qual todos sabem, desde tempos imemoriais, que os juízes criam direito, mas todos sempre negaram veementemente que os mesmos pudessem fazê-lo. Daí a

⁶⁹ BORNHOLDT, op. cit., p. 42.

⁷⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 70.

necessidade atávica de se afirmar que o intérprete, de alguma maneira, está reproduzindo algo previamente dado, posição sustentada até mesmo no âmbito de um Dworkin (o que lhe rende acusações de retornar ao jusnaturalismo).

Do arsenal de elementos que podem ser utilizados pelo trabalhador do direito, dos quais os cânones tradicionais são apenas uma parte, alguns se referem a fixações de sentido anteriores ao caso decidendo, e outros são levados em consideração (ou criados) apenas no caso. A hermenêutica clássica, ao entronizar os cânones de Savigny em seu trabalho decisório, já se utiliza em larga escala dos elementos co-determinantes da norma provindos do âmbito da norma. Mas essa utilização é feita de forma não explicitada, não esclarecida metodicamente e, freqüentemente mesmo, não refletida. Isso se revela na jurisprudência dos tribunais constitucionais, e também na do nosso Supremo Tribunal Federal, no qual a proclamação da utilização estrita dos cânones em matéria constitucional remanesce fictícia (e não poderia mesmo ser diferente).

A influência do âmbito da norma sobre a normatividade, conquanto sempre possuindo a mesma importância hierárquica que revestem os elementos do programa da norma, apresenta grau de intensidade variável de acordo com o setor da disciplina jurídica e especificamente do modelo estrutural do programa da norma em questão. Por essa razão, a teoria estruturante do direito concebe uma teoria geral da norma jurídica cuja metódica de trabalho deve ser, ainda que generalizável a partir de pressupostos comuns, particularizada para os respectivos ramos da ciência jurídica (direito público, privado, penal etc.).

Nas prescrições relativas à forma, em normas processuais ou organizacionais, e nas relativas a enunciados numérico-quantitativos, por exemplo, os âmbitos da norma geralmente ficam “por trás” dos programas da norma, não fornecendo à normatividade pontos de vista adicionais (aos determinados pelo programa da norma) para a concretização. Isso pode dar a falsa idéia de que a realização normativa se processa por uma inferência silogística, mas se trata, na verdade, de um caso-limite, não-característico do direito constitucional, em que a estrutura normativa superpõe o programa e o âmbito da norma. A compreensão do conteúdo normativo, nesses casos, é determinada não em razão de alguma “especial clareza” do seu sentido literal, mas sim em virtude da sua peculiar estrutura normativa, sendo a pré-compreensão jurídica respectiva suficientemente eficaz para definir seu conteúdo.

Por outro lado, quanto mais materialmente vinculado for um programa de norma, mais dependente dos elementos do âmbito da norma será a normatividade. As normas de direito constitucional são tipicamente inseridas neste último contexto. Apenas como exemplo, as normas atinentes ao pacto federativo, que efetuam a repartição das competências entre as entidades federativas. Como considerar imperativo hipotético uma norma como o art. 30, I, da Constituição Federal, que confere aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local? Quais são os assuntos de interesse local? Como “interpretá-la” sem o auxílio do âmbito da norma? Afinal, como destaca Tom Campbell, “Todo jurista sabe que as decisões jurídicas dependem de uma multiplicidade de fatores que não estão dados nas regras do sistema”.⁷¹

Ingentes esforços hermenêuticos pós-positivistas, mas não totalmente desvencilhados de certos pressupostos inerentes ao paradigma positivista, têm trazido para a linha de frente da discussão a inserção dos elementos do âmbito da norma na concretização constitucional. Exemplos disso são as teorias da argumentação em Robert Alexy ou em Ronald Dworkin, capitaneados pela *normatividade dos princípios*, a distinção entre *princípios e regras* e a necessidade de *ponderação* entre os princípios quando da colisão de direitos fundamentais (cuja normatividade é estruturalmente principiológica e aberta) e a função metódica dos postulados da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

Essas teorias enfocam a introdução normativa dos elementos fáticos do âmbito da norma na co-produção da normatividade inerente aos princípios (fica bem mais clara a influência co-determinante de sentido em relação aos princípios do que em relação às regras, normas estas mais propensas, segundo as concepções dominantes, ao trabalho interpretativo sobre [exclusivamente] elementos lingüísticos); mas o faz de forma ainda apegada ao paradigma positivista, ao não destacar claramente a importância dos elementos não-lingüísticos extraídos do âmbito da norma como co-determinantes da norma. Segue-se que a utilização dos cânones tradicionais ou das atuais teorias de interpretação principiológica podem, naturalmente, resultar em normas jurídicas e em normas-decisão adequadas de acordo com as exigências do Estado de Democrático de Direito. É certo que nelas,

⁷¹ CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Cadernos de Filosofia del Derecho*, Doxa nº 24. Alicante, 2001, p. 304.

ainda nas tradicionais regras do século XIX, não estarão explicitados elementos fáticos imprescindíveis para a conclusão normativa expressa na norma-decisão.

Também a leitura de Dworkin permite chegar-se à conclusão de correção da estrutura acima expendida, mesmo que o autor ainda esteja parcialmente preso ao paradigma que pretende superar. Dworkin expressa com todas as palavras que “a regra não existe antes do caso ser decidido”.⁷² O equívoco de Dworkin, que este considera legitimador de seu sistema, é considerar que o princípio que fundamenta a criação da regra existe *a priori* enquanto norma jurídica já posta. Diz o autor que “Nós deveríamos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios vinculam como direito e devem ser levados em consideração pelos juízes e advogados que tomam as decisões de obrigação jurídica”.⁷³

Na verdade, ao mesmo tempo em que pretende superar o positivismo, por meio, especialmente, da idéia de normatividade dos princípios, Dworkin não consegue se livrar das amarras da justificação dos princípios (com força normativa) como sendo discursos *a priori*, direito já posto anteriormente, o que de certa maneira contradiz a sua própria idéia de *reconstrução*, herdada de Rawls. E aí a sua abertura para a moral como inserida dentro do sistema jurídico, o que “justificaria” o fato de alguns princípios poderem ser considerados como direito anterior – aqueles que efetivamente sejam utilizados pelos juízes – e outros não. Eis a dificuldade maior de dizer que a atividade jurídica é atividade legislativa criadora, positiva, e a exposição da contradição que Dworkin procura superar com a introdução da moral no direito.

2.6 CONCRETIZAÇÃO É ALÉM DA INTERPRETAÇÃO

A efetivação prática do direito não é uma mera reelaboração de algo já efetuado, uma simples descoberta de um sentido já previamente contido no texto de norma. Por isso, as metódicas que pretendem superar o positivismo legalista precisam se desvencilhar de uma abordagem que inclua apenas a interpretação de textos lingüísticos. A interpretação é um elemento crucial no processo de

⁷² DWORKIN, *Taking...*, op. cit., p. 28. (No original: “the rule does not exist before the case is decided”)

⁷³ *Ibid.*, p. 29. (No original: “We might treat legal principles the way we treat legal rules and say that some principles are binding as law and must be taken into account by judges and lawyers who make decisions of legal obligation”)

concretização, porém, é apenas um dos elementos, ao qual devem ser acrescentados outros, relacionados à pré-compreensão que tenha o sujeito a respeito do direito e do fato de a concretização estar relacionada ao caso da espécie.

O trabalho do jurista não é apenas cognitivo, não sendo ele um autômato “aplicador” de objetos prontos. A metódica que se pretende honesta deve evidenciar ao máximo, de acordo com o estado da ciência, os elementos não meramente interpretativos do processo de realização do direito, explicitando o papel criativo inerente ao trabalho jurídico prático. E, é bom que se diga, a interpretação (cognição) que se faz durante a concretização não é uma fase autônoma ou estanque em relação ao papel dos demais elementos próprios do âmbito da norma, mas sim, desde o início, o conhecimento está inter-relacionado e inter-influenciado pelos elementos não lingüísticos do caso.

O direito é uma ciência decisória, e nisso repousa o seu caráter de ciência normativa. Com isso se quer dizer que a normatividade só existe em razão do caso a ser decidido, seja o caso concreto ou hipotético, não existindo normatividade anterior à resolução do caso. “Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas *sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)*” (grifo nosso).⁷⁴

Ao colocar o foco de sua teoria da norma no problema, diversos autores identificam influências do método tópico de raciocínio na teoria estruturante do direito. Paulo Bonavides chega a afirmar que “O método de Müller é concretista. Tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta.”⁷⁵

É certo que o método estruturante é concretista, e que se propõe a revelar o que acontece *realmente* quando uma ordem jurídica está em

⁷⁴ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 61-62.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 498. E prossegue Bonavides: “Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa [expressão que deixa entrever o ranço do paradigma clássico, já que concretização não é apenas interpretação], deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo, por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional”.

funcionamento; o que *realmente* fazem os juristas quando dizem estar apenas interpretando, aplicando a “norma” (na verdade, o texto de norma). Seu método é indutivo e baseado na práxis fenomênica e, ainda, fundado a partir da própria ciência jurídica, e não de pontos de vista extra-jurídicos (filosóficos, sociológicos ou da teoria da linguagem).⁷⁶ A par disso, Müller repele veementemente o pensamento (puramente) tópico.⁷⁷ Ainda que concorde sobre sua teoria estar mais próxima da tópica do que do positivismo legalista, a teoria estruturante supera ambos os paradigmas. A tópica vem de um tipo de conhecimento muito antigo, anterior à existência do Estado Democrático de Direito, e a teoria estruturante não é uma teoria jurídica de qualquer estado ou de qualquer ambiente, mas sim uma teoria adequada ao estado constitucional de tipo Democrático de Direito. A teoria estruturante está vincada em uma teoria da constituição, e não em qualquer teoria, além de numa teoria da norma jurídica, numa metódica jurídica e numa dogmática, que se inter-relacionam.

Outrossim, a teoria estruturante é formulada para os sistemas de direito estatutário, não sendo *per se* uma teoria para os sistemas de *case law*. A tópica nasceu sob a inspiração do direito privado, e não para o direito público, e cinde categoricamente *ser* e *dever ser* (distinção que não tem sentido no paradigma estruturante) e, não em último lugar, a tópica considera o texto de norma como apenas um *topos* entre tantos outros, o que não é admissível num Estado Democrático de Direito. “A tópica permanece muito vaga, muito arbitrária. Ela não foi concebida para uma reflexão sistemática e política de um estado moderno de tipo Estado de Direito e Democrático”.⁷⁸

A teoria estruturante do direito oferece nenhuma primazia à realidade sobre o texto de norma – não é um sociologismo – e nem se funda numa amplitude de total liberdade ideológica – é concebida segundo os imperativos de uma peculiar

⁷⁶ Müller tece severa crítica à utilização de posições extra-jurídicas aos problemas do direito, o que ele considera uma forma de “colonização científica”. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Seu método não é dedutivo e não parte de uma base fora do direito, como seriam o Hegelianismo, o Kantismo, o Maxismo dogmático, a fenomenologia de Husserl ou de Heidegger, o pragmatismo universal de Habermas, o pragmatismo transcendental de Apel ou as idéias de Wittgenstein I e II.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁸ *Ibid.* (No original: “La topique reste trop vague, trop arbitraire. Elle n’a pas été concue pour une réflexion systématique et politique d’un état moderne du type ‘état de droit’ et ‘démocratique.’”)

compreensão de teoria constitucional—,⁷⁹ afastando-se das correntes de linhagem tópica ou da escola livre do direito. O papel criativo do operador do direito não vai à liberdade preconizada pela tópica e pelas demais escolas hermenêuticas de inspiração (mera e estritamente) problemática.

Acerta Peter Häberle quando leciona que:

[...] interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.⁸⁰

A superação da subsunção, no entanto, não pode levar o operador do direito a uma liberdade não vinculada materialmente pelo ordenamento jurídico, como defende a visão procedimentalista do autor, ainda que esta seja plural, sob pena de menoscabo do princípio democrático que informa a teoria do estado constitucional.

Concebendo a norma jurídica como um modelo de ordenamento materialmente vinculado (modelo progressivo e dinâmico de concretização materialmente vinculado), a teoria estruturante efetiva uma “ancoragem” normativa ao estabelecer, em sua metódica, uma hierarquia entre os elementos da concretização da norma, que orienta a práxis do operador do direito e tornam racionais e sindicáveis os seus resultados. Essa ancoragem não representa, nem de longe, um retorno ao positivismo, como soam alguns dos críticos da teoria estruturante, mas sim significa que a criatividade do operador do direito não chega – *rectius*, não *pode chegar* em um Estado que se queira democrático e de direito⁸¹ – ao ponto da inobservância dos parâmetros materialmente vinculativos positivados democraticamente.

Como leciona Lênio Streck, “a norma (sentido) a ser aplicada pelo juiz não é

⁷⁹ Lembrando que a *teoria estruturante do direito* engloba, mútua e indissociavelmente relacionados, teoria da norma jurídica, metódica, teoria da constituição e dogmática.

⁸⁰ E prossegue o autor: “A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de *integração da realidade no processo de interpretação*. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que *a norma não é uma decisão prévia*, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional)” (grifo nosso). HÄBERLE apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 341.

⁸¹ Daí a indissociabilidade da teoria estruturante da norma em relação à teoria estruturante da constituição.

produto de sua vontade (ou de sua ‘discricionariedade’),⁸² e continua o autor: “A antecipação de sentido que se dá na *applicatio* – porque *não há cisão entre interpretar e aplicar* [no que há total concordância com qualquer pós-positivismo que pretenda ser pós-positivista] – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição de sentidos.”⁸³ Mais adiante acresce Lênio que:

Na hermenêutica filosófica [assim como na teoria estruturante], nem a norma está previamente fundamentada, nem é o juiz que a ‘faz’. Portanto, torna-se despidendo afirmar que a aplicação (*applicatio*) hermenêutica não é somente a que é feita pelo juiz. A *applicatio* é esse momento em que se encontram fundamentação e aplicação, sem que, entretanto, cada um deles possa ser compreendido isoladamente. Um só é em face do outro. Esse fenômeno ocorre na diferença ontológica. Em conseqüência, é possível dizer que sempre aplicamos. A questão principal, na discordância com a teoria do discurso habermasiana, reside, assim, na impossibilidade de cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação.⁸⁴ Este é o ponto em que incide a diferença entre texto e norma, entre ser e ente, entre questão de fato e questão de direito, entre palavra e coisa, etc. Compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo.⁸⁵

E isso tudo porque, de fato, “antes de argumentar, o intérprete já compreendeu”,⁸⁶ o que não dispensa o trabalho metodicamente estruturado do jurista. No contexto estruturante, são pertinentes aos textos de norma as características de *validade* e de *vigência*, enquanto a *eficácia* e a *efetividade* são reservadas às normas jurídicas (conjunto integrado do programa da norma e do âmbito da norma) e às normas de decisão dos casos individuais.

⁸² STRECK, *Verdade...*, op. cit., p. 252.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Nesse ponto, a crítica pode ser estendida à Dworkin, quando pretende que os princípios e regras sejam considerados direito *prima facie*, existentes *a priori*, continuando a fundamentação do decisor, como sempre foi no positivismo, a ser justificação, e não construção vinculada.

⁸⁵ STRECK, op. cit., p. 254.

⁸⁶ Ibid., p. 286.

3 A HIERARQUIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO

3.1 OS ELEMENTOS HERMENÊUTICOS DE CONCRETIZAÇÃO

Percebe-se que a teoria estruturante do direito não apenas inter-relaciona os seus quadrantes principais – teoria da norma, metódica, teoria constitucional e dogmática –, como, também, que não se pode compreender minimamente a teoria estruturante da norma jurídica dissociada da metódica respectiva, partindo da premissa, já assentada, de que se trata de uma teoria da norma enquanto modelo dinâmico de concretização.

Os elementos⁸⁷ hermenêuticos de concretização da norma jurídica podem ser classificados em elementos:

a) normativos:

a₁) referidos a *textos lingüísticos*;

a₂) referidos ao conjunto de fatos destacados como relevantes ao caso da espécie; e

b) não-normativos, auxiliares da concretização.

Os elementos relativos aos *textos lingüísticos* se referem ao tratamento dos *textos de normas* e de outros *textos de não-normas* (dados lingüísticos não positivados como textos vigentes), como, p.ex., explicações de motivos, debates legislativos, etc., e compreendem (i) os elementos metodológicos *stricto sensu* – as regras tradicionais de interpretação de textos: gramatical, histórico, genético, sistemático e teleológico; (ii) os princípios de interpretação especificamente constitucionais – como a interpretação conforme a constituição e a aferição da correção funcional (aceitas pela teoria estruturante apenas com as devidas reservas),⁸⁸ além de (iii) certos pontos de vista da lógica formal e da axiomatização (que se revele possível em direito constitucional).

Os elementos referidos ao conjunto fático reportam-se ao tratamento do *âmbito da norma* (abrangendo, assim, os elementos do *âmbito do caso*).

⁸⁷ A expressão “elementos” radica, como desde Savigny, na ausência de “graus” ou “estágios” em um procedimento metódico que deve ser global e abrangente, que termina por ser um todo unitário.

⁸⁸ São refutadas as noções de direitos fundamentais enquanto sistema fechado e mesmo como ordem, sistema ou escala de valores.

São auxiliares no processo de concretização os elementos de: (i) dogmática; (ii) técnica de solução de casos; (iii) política constitucional e (iv) teoria constitucional. Apesar da sua relevância para a concretização prática das normas, a metódica estruturante os coloca em posição meramente ancilar no processo dinâmico de concretização⁸⁹ (o que afasta definitivamente, não em último lugar em razão disso, a teoria estruturante da tópica e das teorias da argumentação jurídica).

Para entender a hierarquização metodológica entre os elementos de concretização, é importante destacar ainda que eles podem ser também classificados como:

- a) referidos a normas; e
- b) não-referidos a normas (ou seja, são referidos a não-normas ou apenas mediatamente relacionados às normas).

São diretamente referidos a normas (i) os elementos metodológicos *stricto sensu*: interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica;⁹⁰ a interpretação conforme a constituição e a correção funcional do resultado; (ii) os elementos advindos do âmbito da norma; e (iii) uma parte dos elementos inerentes à dogmática.⁹¹

São não-referidos a normas (i) os demais elementos dogmáticos;⁹² os elementos (ii) de técnica de solução; (iii) de política constitucional; e (iv) de teoria constitucional.

3.2 A HIERARQUIA ENTRE OS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO

⁸⁹ “Embora eles sejam muitas vezes tratados como [se fossem] normativos na práxis, não se direcionam primacialmente para uma concretização da norma jurídica, que seja adequada ao caso. Quanto ao seu objeto (ainda que não com respeito às técnicas de encobrimento da práxis), eles cumprem funções ancilares de clarificação, de detalhamento orientado segundo a norma e de fundamentação mais pormenorizada, normativamente garantida, de tais teores de regulamentação que já foram identificados com outros meios como teores do direito vigente”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 71.

⁹⁰ Este, com restrições, já que uma finalidade advinda de elementos de teoria constitucional ou de política constitucional, por exemplo, não são diretamente referidos a normas.

⁹¹ É diretamente referida a normas a dogmática retrospectiva das soluções de casos já adotadas, seja em sede jurisprudencial (jurisdicional ou administrativa) ou em ciência jurídica.

⁹² Não são diretamente referidas a normas as construções e sistematizações criadas pela dogmática enquanto “figuras ‘dogmáticas’ de tipo próprio”, que são conceitos livremente desenvolvidos pela dogmática sem fundamentação normativa vinculante.

3.2.1 A Existência de hierarquia

A teoria positivista tradicional não vislumbra a existência de qualquer hierarquia entre os elementos hermenêuticos, e isso é uma acertada exigência do fato de que todos esses elementos são estritamente referidos à interpretação de textos. Savigny chama seus cânones de *elementos* justamente para ressaltar que os pontos de vista gramatical, sistemático, genético, histórico (e também o teleológico) não são “espécies” ou “métodos” diferenciados de interpretação, distinguíveis uns dos outros no processo hermenêutico, mas sim aspectos de um processo unitário de interpretação, cuja relação intrínseca somente é identificável em vista da estrutura material do caso concreto. Nesse sentido, Savigny “acerta hoje como no passado no cerne do problema”.⁹³ Os cânones de interpretação clássicos não atuam, no processo prático de concretização jurídica, segundo esquemas afeitos à lógica formal, mas sim funcionam como signos condensadores e representativos de determinados tipos de análise referidos ao caso, os quais sempre incorporam também elementos materiais, ainda que não explicitados. E não são suficientes para expor racionalmente os elementos inerentes à normatividade da norma que soluciona o caso concreto, já que outros pontos de vista e esquemas de raciocínio, vindos de elementos extra-textuais, sejam de considerações políticas, de teoria jurídica, de sociologia, de elementos materiais inerentes à realidade, também são co-determinadores da decisão.

A teoria estruturante do direito, ao abrir-se para os elementos materiais oriundos da realidade e incorporar, também, os demais elementos auxiliares de concretização – o que é visto como imprescindível para que a teoria da norma e a metódica (a) reflitam o que acontece verdadeiramente quando se diz que se está interpretando o ordenamento jurídico (o que acontece quando se diz que o ordenamento jurídico está em funcionamento), e (b) sejam honestas ao exteriorizar, na máxima amplitude possível, as verdadeiras razões de decidir (honestidade dos métodos), expondo-as à crítica argumentativa (inclusive, ainda que não só) funcional e constitucionalmente vinculadas num Estado Democrático de Direito – não pretende se desvincular justamente da integralidade das exigências de um Estado desse tipo,

⁹³ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 98.

que envolve a vinculação dos operadores do direito à ordem jurídica democraticamente estabelecida, em seus sentidos procedimental e substancial. Daí que a norma jurídica é entendida enquanto fruto de um processo dinâmico e progressivo de concretização materialmente vinculado pelos textos de normas legislativamente (autenticamente) postos.

Os sociologismos de todos os matizes descuidam demais do programa da norma, que tem o seu valor próprio numa ordem jurídica efetivamente normativa; os normologismos descuidam demais do âmbito da norma e dos elementos materiais-fáticos integrantes da estrutura da norma, que igualmente têm o seu valor próprio; e os decisionismos de plantão anulam ambos na existencialidade fulminante da decisão soberana.⁹⁴

Uma teoria da norma moderna deve pretender ultrapassar as limitações e incoerências do positivismo legalista sem, contudo, abrir mão das conquistas evolutivas alcançadas por este.

As exigências próprias do Estado Democrático de Direito e calcadas em pressupostos de pré-compreensão advindos de uma (qualquer que seja igualmente apta) teoria constitucional adequada à democracia substantiva e emancipadora deve elaborar a sua metódica jurídica alicerçada (também) numa hierarquização entre os elementos da concretização normativa, determinando metodologicamente uma ordem de precedência entre eles, sempre que houver conflitos intrínsecos. Essa hierarquização pretende ser a “âncora” que vincula a ação do trabalhador do direito ao direito legislado e é por meio dela que se ordenam metodologicamente as possibilidades interpretativo-constitutivas da norma jurídica que seja imputável ao direito vigente. As seqüências hierárquicas da concretização, genericamente concebidas no plano metódico, são assim necessárias para o atendimento à vinculação ao ordenamento democrático no Estado Democrático de Direito, em que deve ser possível a exposição racional dos diversos passos singulares (autonomizáveis) do procedimento hermenêutico-concretizador, não sendo camufladas as razões e os detalhes que efetivamente (e que de qualquer maneira são pertinentes) à decisão, conforme a discutibilidade máxima do trabalho jurídico. Eis os estreitos limites das possibilidades ostentadas pela objetividade

⁹⁴ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 96.

especificamente jurídica. Limites que são humildes, mas urgentes em termos tanto de progresso da ciência jurídica quanto de concretização adequada da Constituição Federal brasileira.

Metodicamente, a hierarquização apenas entra em jogo quando da existência de conflitos insuperáveis entre os elementos de concretização; e é imprescindível ressaltar que só existem conflitos quando há uma *contradição total* entre dois elementos igualmente pertinentes ao caso. Havendo um conflito meramente parcial, é possível compatibilizar os elementos conflituosos na estrutura concretizante. Aqui, vem à baila a ilustração de um caso no qual o elemento histórico deixa duas ou mais possibilidades em aberto, mas das quais apenas uma é compatível com o elemento gramatical. Nessa hipótese, não há conflito entre os elementos, a não ser numa perspectiva parcial, superada pelo esquema estruturante. Há conflito entre certas possibilidades do elemento histórico com a única (ou com determinadas) possibilidades trazidas pelo elemento gramatical. Mas não há conflito entre “o” aspecto histórico e “o” aspecto gramatical, porque igualmente existe(m) sentido(s) não-contraditório(s) entre eles. Em tal situação, o operador do direito deve⁹⁵ escolher o sentido harmônico entre os elementos envolvidos no processo, sem ter que recorrer à hierarquia entre eles.

A pergunta sobre a hierarquia entre os aspectos da concretização não apenas deve ser posta quando da existência de conflitos. Também deve ser entendida como uma questão a ser *progressivamente* respondida ao longo do trabalho de concretização jurídica. É dizer: na análise dos elementos de concretização, a hierarquia é estabelecida por meio de regras de resolução de conflitos que caminham do mais amplo ao mais estrito.

3.2.2 Situações Conflitivas Possíveis

Podem ser catalogadas as seguintes situações conflitivas possíveis:

- entre elementos não diretamente referidos a normas;
- entre elementos não-diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas;

⁹⁵ “Deve” como “metodicamente correto” e não como “obrigatoriedade normativa”.

- entre os elementos diretamente referidos a normas:
 - ✓ elementos metodológicos *stricto sensu* e do âmbito da norma vs. elementos dogmáticos referidos a normas;
 - ✓ elementos metodológicos *stricto sensu* vs. âmbito da norma;
 - ✓ no interior dos elementos metodológicos *stricto sensu* (elementos gramatical e sistemático vs. demais elementos metodológicos *stricto sensu*);
 - ✓ elemento gramatical vs. elemento sistemático.

Após a apresentação das situações conflituosas possíveis, procede-se à análise de cada uma delas:

3.2.2.1 Conflitos entre elementos não referidos a normas

Não existe qualquer precedência hierárquica entre os elementos de política constitucional, de teoria constitucional, de técnica de solução e de dogmática não referida a normas, justamente em virtude de não serem elementos normativos, mas sim aspectos meramente auxiliares no processo de decisão.

3.2.2.2 Conflitos entre elementos não-diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas

Devem prevalecer os elementos diretamente referidos a normas, superiores hierarquicamente aos aspectos ancilares. E essa preeminência não é apenas elaboração da metódica jurídica: é um imperativo normativo próprio do Estado Democrático de Direito que exige a vinculação dos operadores funcionais do direito ao ordenamento jurídico vigente.

3.2.2.3 Conflitos entre os elementos diretamente referidos a normas

3.2.2.3.1 Conflitos entre os elementos metodológicos *stricto sensu* e do âmbito da norma vs. elementos dogmáticos referidos a normas

Há precedência dos elementos retirados do âmbito da norma e dos aspectos metodológicos *stricto sensu* sobre os elementos dogmáticos referidos a normas, já que estes se referem a decisões já elaboradas em outros casos não atuais e, se há

conflito, não atualizáveis para o caso decidido. As normas-decisão veiculadas nos enunciados dogmáticos não se referem à norma jurídica para o específico caso a ser decidido.

3.2.2.3.2 Conflitos entre os elementos metodológicos *stricto sensu* vs. âmbito da norma

Aqui reside um dos aspectos metodológicos da teoria estruturante que são comumente incompreendidos num olhar apressado. A vinculação ao ordenamento jurídico posto (equivalente ao programa da norma desenvolvido a partir dos elementos do texto da norma e em vista do âmbito da norma) determina uma dupla análise do conflito que surja entre os elementos de interpretação de texto e os extraídos do âmbito da norma.

Deve-se lembrar, de início, que só há conflito quando não sejam possíveis hipóteses harmonizadoras de sentido entre os elementos envolvidos na concretização. Não se deve invocar uma eventual contradição entre um determinado sentido literal extraível do texto da norma (hipótese de trabalho para o programa da norma) para desqualificar os elementos fáticos do âmbito da norma se os aspectos gramaticais permitem, também, um outro sentido congruente.

Nesse diapasão, os elementos hermenêuticos podem revestir uma função de (a) limite positivo ou de (b) limite negativo às possibilidades de concretização. Como limite positivo, os elementos atuam no sentido de determinação criativa do conteúdo normativo, enquanto que, como limite negativo, atuam efetuando o recorte entre o sentido e o alcance positivamente criados, daquilo que é normatizadamente admissível; é dizer, determina os resultados aceitáveis como normas-decisão que sejam imputáveis aos textos de norma que lhes fundamentam.

Metaforicamente, poderíamos comparar o aspecto positivo de determinação ao trabalho do escultor em que ele *adiciona* matéria e forma à escultura, enquanto os limites negativos representam o seu trabalho de *retirada* do material impertinente.

Não há qualquer hierarquia entre os elementos metodológicos *stricto sensu* e os inerentes ao âmbito da norma no que se refere à determinação do conteúdo *positivo* da norma jurídica em construção. Contrariamente, no que se refere aos limites negativos, os elementos gramatical e sistemático (e não todos os elementos metodológicos *stricto sensu*) sobrepõem-se aos aspectos do âmbito da norma na

determinação dos resultados admissíveis.

Isso não deve orientar o operador do direito a uma atividade meramente interpretadora de textos. Não significa, nem de longe, um retorno ao positivismo. O trabalhador do direito não deve amputar o seu trabalho tornando-o uma mera análise de textos descolados da realidade fática somado a algum tipo de juízo de adequação. E não apenas “não deve fazê-lo” como “*não o faz mesmo*”, pois tal restrição se demonstra impossível na realidade fenomênica,⁹⁶ e quando os decididores dizem estar apenas subsumindo o fato à norma estão escondendo os elementos fáticos utilizados, refletidamente ou não, no processo decisório.

Os elementos gramatical e sistemático, então, têm precedência sobre os elementos do âmbito da norma quanto à determinação dos limites negativos. Durante o processo dinâmico e progressivo de concretização, os elementos extraídos da realidade, incorporados enquanto elementos normativos no âmbito da norma, devem submeter-se, para que integrem a norma-decisão, a um *teste de imputabilidade* ao ordenamento jurídico vigente, que é materialmente vinculante ao trabalho do jurista num Estado Democrático de Direito. A norma jurídica a ser criada pelos operadores do direito envolvidos no caso concreto não deve ser criada exclusivamente por eles, mas sim no contexto de uma divisão de funções constitucionalmente determinada, deve ser fruto de uma atuação criativa conjunta de diversos poderes estatais e atores sociais participantes do processo. A precedência hierárquica dos elementos gramaticais e sistemáticos, existente apenas no sentido de limites negativos, não significa precedência cronológica no trabalho do operador jurídico, mas sim determina que a norma jurídica, formada pela cópula do programa da norma com o âmbito da norma desenvolvidos para o caso concreto, deve ser ainda imputável ao programa de norma e ao texto de norma pertinentes.

3.2.2.3 Conflitos no interior dos elementos metodológicos stricto sensu (elementos gramatical e sistemático vs. demais elementos metodológicos stricto sensu)

Na hipótese de conflito, a vinculação do jurista ao ordenamento jurídico

⁹⁶ Excetuando os raros casos-limite em que a estrutura do programa de norma sobrepõe-se ao âmbito da norma de modo a aparentar a possibilidade de “aplicação” da “norma” por “subsunção”.

determina que devem prevalecer os aspectos diretamente referidos a normas sobre os não-diretamente referidos a normas, de modo que os elementos gramatical e sistemático (referidos a textos de normas) têm preeminência hierárquica sobre os aspectos genético e histórico (referidos a textos de não-normas, materiais legislativos auxiliares ou textos de normas não mais vigentes). Pensar contrariamente seria permitir a prevalência de um texto não-normativo sobre um texto normativo, o que afronta as exigências características do Estado de Direito.⁹⁷

Devem ser igualmente repelidas as teorias da *mens legis* e da *mens legislatoris*, ambas insuficientes (e parcialmente incorretas) para explicar o fenômeno hermenêutico real. Não apenas o operador do direito não deve privilegiar uma “vontade do legislador” imanente aos textos não-normativos dos materiais genéticos do processo legislativo – que acarretaria o absurdo da tomada de decisão fundamentada num texto não-normativo contra o teor de um texto normativo – como também não se há de procurar uma mítica [e metafísica] “vontade da lei” – que implicaria a preeminência dos aspectos histórico e teleológico sobre o elemento genético. Não há qualquer hierarquia entre esses elementos. Na análise feita pelo trabalhador do direito no caso decidendo, *hic et nunc*, o tratamento dado aos elementos genéticos possui caráter tão objetivo quanto o que é dispensado aos elementos histórico e teleológico. Não se deve, portanto, menosprezar o aspecto genético (erradamente considerado pela doutrina tradicional como sendo aspecto “subjetivo”) em face dos aportes trazidos pelos elementos histórico e teleológico.

3.2.2.3.4 Elemento gramatical vs. elemento sistemático

O conflito possível entre os elementos gramatical e sistemático repousa, em verdade, num trabalho de seleção de textos de normas pertinentes ao caso. O elemento sistemático não existe *per se*, mas sim como expressão do elemento gramatical de outro texto de norma que não o entronizado inicialmente como base para a solução do caso. Em última análise, a antinomia se revela como sendo o choque entre os elementos gramaticais de dois ou mais textos de normas. A

⁹⁷ Tais como os “da inviolabilidade da constituição, da vinculação à lei e ao direito, da rigidez do direito constitucional no sentido da clareza das normas e da determinidade do suporte fático, da clareza dos métodos, da segurança jurídica e da delimitação constitucionalmente determinada das funções”. MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 102.

exigência sistemática de coerência interna implica o aporte de repertório textual mais amplo do que o diretamente referido a “um caso como esse”, com a carga de elementos gramaticais inerentes. Poder-se-ia dizer, ainda, que os textos sistematicamente trazidos à colação comparecem no trabalho de concretização não apenas com seus respectivos elementos gramaticais, mas mesmo com toda força hermenêutica relevada pelo tratamento textual pelos diversos elementos metodológicos *stricto sensu* e pelos elementos auxiliares de concretização.⁹⁸

A teoria estruturante enfatiza que, sempre que o “nexo sistemático” não for suficientemente comprovado como existente no caso, deverão recuar os textos de norma não diretamente referidos ao caso em prol do texto de norma diretamente pertinente. Não se trata exatamente de uma hierarquia entre esses elementos (que não existe no aspecto de limite positivo), mas sim de uma aferição – que deve ser externalizada durante a concretização, em homenagem ao princípio da honestidade dos métodos – da existência da pertinência sistemática no caso da espécie. E, como que num trabalho estatístico (que acaba por influenciar o operador do direito que se utiliza da metódica estruturante),⁹⁹ ressalta Müller que “o aspecto gramatical tem preferência no resultado para a massa principal dos casos de direito constitucional”.¹⁰⁰

No que concerne à função de limite negativo, o aspecto gramatical é relevado como preeminente sobre o sistemático (advertindo-se, como sempre, que só haverá conflito quando não houver um conteúdo fecundo que se apresente harmônico entre os elementos em jogo, na concretização concreta).

Ainda num afã estatístico – que reflete uma opção de política ou de teoria constitucional –, Müller pressupõe que “o legislador (constitucional) também pode normatizar ‘assisticamente’ ou ‘contrariamente’ ao sistema. Por isso em tais casos a decisão sobre contradições metódicas deve, em última instância, ser localizada na função limitadora do texto da norma interpretado, característica para o Estado de Direito”.¹⁰¹

Esse posicionamento se inclina pela não-aceitação de inconstitucionalidades

⁹⁸ Existe toda uma dogmática referida à prescrição aduzida como sistematicamente pertinente, além de elementos de política e de teoria constitucional subjacentes.

⁹⁹ Seria uma questão de teoria constitucional implicitamente estabelecida dentro da metódica jurídica.

¹⁰⁰ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 105.

no texto originário da constituição, como é a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, já que o constituinte originário teria o poder de constituir “assistemáticamente”, de forma que as incoerências encontráveis seriam consideradas intra-sistêmicas e, portanto, aceitas como parte da “norma fundamental”, acima da qual não pairam normas de hierarquia mais elevada (contrariamente à prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que é possível a inconstitucionalidade de norma constitucional originária que, numa visão sistemática, seja contrária ou desconforme um núcleo de normas constitucionais de hierarquia superior e determinantes da validade das demais normas constitucionais).¹⁰²

3.2.3 Ausência de Utilidade dos Elementos Gramaticais e Sistemáticos

Quando os elementos gramaticais e sistemáticos não revestem importância positiva para a concretização, mas ainda são utilizáveis nos seus aspectos limitadores negativos, os demais elementos de concretização podem entrar em cena para preencher o conteúdo normativo para o caso concreto de modo que a norma jurídica será (ainda, e minimamente, portanto, de maneira aceitável num Estado de Direito) imputável ao texto de norma que lhe fundamenta.

No entanto, se os elementos gramaticais e sistemáticos não fornecem pontos de vista nem mesmo no sentido negativo, é porque o texto de norma estabelecido como hipótese de trabalho não é pertinente ao caso concreto, a despeito da suspeita inicial, e deve ser descartado do trabalho concretizador. Novas hipóteses devem ser trabalhadas para que se encontre a base textual adequada à solução do caso.

Se não for encontrado material legislado minimamente reportável metodicamente ao caso, estar-se-á diante do tradicional problema da lacuna normativa. A teoria estruturante do direito propõe que “O procedimento honesto em termos de método deve também estacar diante da tentação de passar por cima [überspielen] da *distinção e correlação das funções da concretização do direito*,

¹⁰¹ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 105.

¹⁰² Entre nós, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela unidade hierárquico-normativa da Constituição.

normatizada pela constituição; deve satisfazer, justamente no direito constitucional, às exigências que e.g. o direito dos EUA circunscreve nos motes 'political question' e 'judicial self-restraint'.¹⁰³

¹⁰³ MÜLLER, *Métodos...*, 2000, op. cit., p. 107.

4 O CARÁTER INOVADOR DO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA EM MÜLLER

4.1 A VIRAGEM PARADIGMÁTICA

A doutrina constitucional brasileira tem sido fortemente influenciada pela chamada Segunda Geração da Teoria Material da Constituição, integrada por destacados juristas alemães sucessores e herdeiros da base teórica formulada sob os auspícios da Constituição de Weimar, e por um conjunto de pensadores que buscam superar as limitações formalistas do positivismo legalista, reunidos sob a designação de Nova Hermenêutica. Esses ingentes esforços, e também os das novas teorias tópicas e das teorias da argumentação jurídica, da Escola do Direito Livre, dos sociologismos e dos decisionismos, são filiados (ainda) ao paradigma positivista, baseado na ilusão de que os textos de normas contêm a substância normativa (identidade entre os textos e as normas), havendo a segregação do ser do dever ser.

Assim, os estudos hermenêuticos, que expressam como pedras de toque a “normatividade dos princípios”, a “ponderação” de princípios (e de direitos fundamentais), os princípios da “razoabilidade e da proporcionalidade”, representam avanços ainda dentro de um contexto positivista. O foco na solução do caso concreto, esposado por essas teorias, permite uma análise e uma controlabilidade maior (do que no legalismo formalista) dos elementos da realidade envolvidos no processo de decisão. Porém não chegam a superar o paradigma positivista da distinção entre o dever ser e o ser, de modo que a metódica jurídica não chega a conceber a norma jurídica enquanto processo dinâmico estruturado, com a incorporação controlada (na maior medida possível) dos elementos do âmbito fático, do âmbito do caso e do âmbito da norma.

A distinção entre texto de norma e norma jurídica, e a concepção desta como um processo dinâmico e progressivo de concretização materialmente vinculada, num Estado Democrático de Direito, representa um paradigma novo e verdadeiramente evolutivo em relação ao positivismo legalista, e ainda fincado nas exigências normativas de um Estado Constitucional que possua uma constituição efetivamente normativa (daí a interligação da teoria da norma com a teoria da constituição).

Não pode Müller ser considerado, portanto, como “herdeiro” do pensamento

de Weimar e nem como integrante da Segunda Geração da Teoria Material da Constituição ou da Nova Hermenêutica, mas sim como inaugurador de um novo paradigma verdadeiramente pós-positivista.

Os esforços empreendidos sob a Constituição de 1988, a par de representarem inegável evolução institucional no sentido de consolidação da democracia, também foram razoavelmente exitosos em focalizar a Constituição como o centro do ordenamento jurídico, prestigiando a força normativa da constituição em parâmetros mais intensos do que nos períodos antidemocráticos precedentes.

4.2 AS FUNÇÕES PRESCRITIVA E DESCRITIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

À pergunta se o método jurídico da teoria estruturante do direito é uma *técnica a ser aplicada na solução dos casos concretos* ou uma *percepção da realidade*, em outras palavras, se o método estruturante tem sentido prescritivo ou descritivo, poder-se-ia dizer que a resposta afirmativa se aplica a ambas, mas com a explicitação do que se deve entender por respostas afirmativas.

Inicialmente, é importante a clareza da distinção entre os sentidos *prescritivo* e *normativo*. “Normativo” conota um dever estrito imposto por um código externo ao sujeito ou ao grupo, enquanto “prescritivo” indica um sentido mais amplo, que pode até abranger o sentido de normativo, mas que também se refere a deveres que emanam de um código interno, seja do sujeito (ética), seja do grupo (deontologia).

Nesses termos, a teoria estruturante do direito não é normativa, assim como não é normativa nenhuma teoria científica a respeito da norma jurídica e/ou de sua hermenêutica.¹⁰⁴

Outrossim, a teoria estruturante é *prescritiva* em três níveis, na medida em:

¹⁰⁴ Disposições como o vetusto art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil – “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”), e os arts. 108 e 111 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional – “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia; II – os princípios gerais de direito tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade” e “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”) são tentativas infrutíferas (conseqüentes apenas quanto à imposição disfarçada de pressupostos ideológicos) e impossíveis de determinação normativa de questões hermenêuticas na concretização prática das normas privadas ou tributárias.

- a) que o trabalho do jurista seja consciente, refletido;
- b) que o trabalho do jurista atenda aos imperativos do Estado Democrático de Direito, tais quais a comunicação das decisões, com sua fundamentação, tornando-as compreensíveis e controláveis pelos demais atores sociais; e
- c) que a teoria da norma se revela realista, razoável e concretamente operacional, ela pode ter o impacto de um modelo de reflexão que seja exemplar, mas seguido livremente, e não normativamente.

Sendo prescritiva, a teoria estruturante orienta o trabalho do jurista *como esse deveria ser* no sentido ético e livre, exposto acima. Ela é prescritiva sem ser normativa, municiando o jurista de instrumentos hermenêuticos de concretização mais refletidos, mais exteriorizados e, ainda, mais controláveis, na medida da sua exposição.

É também *descritiva* da realidade do trabalho cotidiano dos juristas, mas não no sentido de descrever os pressupostos expostos e declarados em suas decisões; mas apreendendo-os de forma analítica, desvelando o que realmente acontece quando o “operador do direito”¹⁰⁵ trabalha. Vem à colação a pergunta fundamental formulada pela teoria estruturante: “Nesse caso [específico], será que se trata realmente, como diz o tribunal, de uma ponderação dos valores envolvidos e não, na verdade, de uma concretização sistemática?” (tradução nossa)¹⁰⁶ [cujo deslinde pressupõe a utilização de elementos do âmbito da norma]. A elaboração da teoria estruturante fundamenta-se na análise daquilo que os juristas *realmente fazem* quando dizem que estão interpretando a norma.

¹⁰⁵ Essa expressão, que ficou famosa em nosso país, foi inventada por Müller, do alemão *rechtsarbeiter*, cuja tradução mais literal e ideologicamente correta é *trabalhador do direito*.

¹⁰⁶ MÜLLER, Os novos..., op. cit. (No original: “est-ce que, dans ce cas, il s’agit vraiment, comme dit le tribunal, d’une pondération des valeurs impliquées et non pas, en réalité, d’une concrétisation systématique?”)

PARTE 2

**DO REALISMO NORMATIVO À EFETIVIDADE DA
CONSTITUIÇÃO**

5 REPOSICIONAMENTO DA PERGUNTA SOBRE A RESPOSTA “CORRETA”. O SENTIDO DA ESTRUTURA DAS NORMAS JURÍDICAS. HERMENÊUTICA COMO REALIZAÇÃO COMPREENSIVA DO DIREITO. POLÍTICA E REALIDADE NA NORMA JURÍDICA.

5.1 UMA QUESTÃO CENTRAL NA TEORIA JURÍDICA

Uma das questões centrais do debate sobre a hermenêutica/ interpretação/aplicação/concretização jurídicas hodiernamente reside na pergunta sobre a existência de uma resposta correta (ou verdadeira) para cada caso a ser decidido ou se há espaços alternativos de decisão a serem preenchidos seja por um ato de vontade (*a la* positivismo formalista), seja por algum processo argumentativo de busca pelo consenso, mais ou menos livre, mais ou menos controlável e sujeito à crítica. A pergunta sobre a resposta correta encontra-se no cerne de diversas controvérsias sobre o que é o próprio direito e tem sido debatida sob diversos pontos de vista, incluindo as questões quanto à existência de discricionariedade judicial, especialmente nos chamados casos difíceis, e sobre a existência de lacunas no ordenamento jurídico. As visões mais difundidas e mesmo populares convergem para a assunção de que não existe uma única resposta correta para cada caso, ainda que o façam a partir de diferentes pressupostos.

Nos termos em que a discussão tem sido colocada até aqui, a pergunta pelo direito permanece atrelada a um pressuposto epistemológico que compreende um axioma que perpassa as diversas escolas do pensamento jurídico, desde os jusnaturalismos até os anti-positivismos, incluindo os diversos esforços positivistas dos mais variados matizes. Segundo esse pressuposto, o direito é uma realidade que *existe*, que *está aí*, na natureza, no mundo, na sociedade, *pronto* para ser trabalhado pelo ser humano. A norma jurídica seria um dado *a priori* no mesmo sentido que os fenômenos da natureza,¹⁰⁷ tendo como conseqüência inevitável a separação da norma e da realidade, do ser e do dever-ser. Uma teoria da norma que pretenda apreender o fenômeno normativo como ele efetivamente acontece não prescinde do reposicionamento da pergunta sobre a existência de uma única resposta correta, a partir da perspectiva da normatividade e da estrutura da norma.

¹⁰⁷ LABAND, 1911 apud MULLER *O novo paradigma*. p.. 42.

5.2 A INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA EM KELSEN

O formalismo positivista de Kelsen alheia-se ao problema – assim como a qualquer questão metódica e especificamente hermenêutica (mesmo considerando sua obra póstuma) – sustentando que a pergunta pela resposta correta é meta-jurídica, relegando-a ao campo da política do direito e, ao fazê-lo, filia-se, como não poderia deixar de ser, já que a aplicação do direito é um ato de pura vontade (decisionismo) dentro das possibilidades propiciadas pela “moldura”, ao pensamento que admite a existência de várias respostas igualmente corretas: “(...) 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 torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especificamente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”.¹⁰⁸

A lucidez de Kelsen permitiu que visualizasse o cerne do problema, ainda que seu instrumental epistemológico não tivesse meios de enfrentá-lo, tendo sido, por isso, obrigado a evitá-lo. Segundo seu raciocínio, a idéia de que a determinação do ato jurídico a ser colocado poderia ser obtida por meio de qualquer espécie de conhecimento do Direito *preexistente* é uma auto-ilusão contraditória, pois tal iria contra o pressuposto da possibilidade de interpretação.¹⁰⁹ Entrevê-se a impossibilidade lógica de manter-se qualquer concepção de norma jurídica que a estabeleça como sendo um *a priori*. A fuga do que chamou de “auto-ilusão contraditória” o levou a dissolver (e a retirar) qualquer caráter de normatividade da teoria do direito, entregando a decisão (e a normatividade) para outros âmbitos de discussão que não o jurídico. É uma teoria do direito vazia de normatividade, por contraditório que possa soar. Aí onde Kelsen parou devem avançar os juristas das

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 390-391.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 392-393.

novas gerações, já que a pergunta sobre o direito não prescinde da pergunta sobre a interpretação, sobre a solução que é efetivamente dada ao caso. E essa pergunta só pode ser logicamente concebida a partir de um paradigma que estabeleça a norma jurídica como um resultado e não algo já dado ao decisor.

A partir do reconhecimento de que o juiz é um *criador* do direito – e em grau qualitativamente idêntico ao legislador–,¹¹⁰ não se compadece com as exigências do Estado Democrático de Direito qualquer teoria que conceda ao “intérprete autêntico” incontrolável liberdade criativa, pois o direito não pode ser reduzido àquilo que os juízes dizem que ele é – ainda que seja igualmente errada a assertiva de que o juiz é apenas a boca que profere as palavras da lei, ambas as posições extremadas são igualmente admitidas ou professadas por diferentes positivismos. O direito é aquilo que os juízes dizem que ele é, mas os juízes não podem dizer *qualquer coisa* sobre o que é o direito, ao menos em um ambiente social que se pretenda minimamente democrático e “de direito” (como sempre, as questões sobre o direito e sobre a interpretação não possuem ares de autonomia em relação à teoria constitucional e à teoria de estado pressuposta, referenciada ou inter-relacionada. Mesmo a questão metódica é intimamente imbricada com o modelo político da organização da comunidade e suas especificidades culturais e evolutivas).

A expressa renúncia à busca pelo método em Kelsen e seu modo de afirmar que é impossível qualquer maneira de se aferir a existência de uma resposta correta em cada caso concreto¹¹¹ revelam que todo o arcabouço teórico da Teoria Pura do Direito exclui do âmbito do direito grande parte de tudo o que determina a decisão jurídica. Mas mais do que apenas isso, o equívoco epistemológico do seu positivismo formalista no que concerne à teoria da norma reflete a ilusão otimista quanto às possibilidades da lógica formal na formatação da moldura normativa dentro da qual haveria liberdade política para o intérprete autêntico.

A evolução do conhecimento no campo da teoria das ciências demonstra que o “observador” (o cientista) é sempre co-constituente do objeto do seu estudo,

¹¹⁰ KELSEN, *Teoria pura...*, op. cit., p. 392-393.

¹¹¹ “Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ [...]” Ibid., 391.

não sendo possível atingir a pretendida objetividade anunciada pelo paradigma epistemológico da ciência no iluminismo e no positivismo. A própria construção de conceitos depende da elaboração de um anteprojeto a respeito da observação e do objeto a investigar e da definição do problema, de maneira que apenas a partir da esquematização conceitual quantitativa e qualitativa é que algo se torna “objeto” do conhecimento (mesmo nas ciências naturais). Em decorrência dessa percepção, a busca científica deixa de ser a procura por critérios universais e/ou absolutos, mas sim passa a ter a finalidade de expressar com maior grau de precisão e controlabilidade as diferenças graduais, de modo que até mesmo nas ciências exatas a elaboração de hipóteses qualitativas revela-se imprescindível. Essa viragem mostra-se ainda mais evidente no âmbito do estudo do direito, inclusive da teoria do direito, cujo objeto é histórico (sem a pretensão de objetividade que já caracterizou as ciências naturais) e vinculado a normas jurídicas vigentes (diferentemente das ciências humanas compreensivas).

A pesquisa científica no direito passa a analisar a particularidade das normas jurídicas, perguntando de que maneira atuam os elementos da realidade social (facticidade) dentro dos distintos passos da efetivação real do direito. Em vez da procura pelo postulado da objetividade jurídica no sentido de um conceito ideal “absoluto”, parte-se em busca de uma racionalidade verificável e discutível na aplicação do direito; a objetividade possível corresponde ao atendimento do maior grau de correspondência da teoria aos fatos, à prática real cotidiana. A dicotomia “norma” e “fato” converte-se na busca pela “normatividade” e a “estrutura da norma”.

Basta direcionar o olhar atento à práxis da efetivação do direito para se observar que as concepções positivistas: de que o direito é um sistema sem lacunas; de que a decisão jurídica é simplesmente uma subsunção estritamente lógica cuja prática prescinde de qualquer elemento da facticidade/ordenamento social que não esteja espelhado no texto da norma; e de que a norma (texto ou interpretação feita a partir do texto) e realidade normatizada não guardam entre si nenhuma relação estrutural, apenas encontrando-se na relação silogística, são todas puras ficções insustentáveis, fruto da aplicação ao direito de antigos paradigmas científicos já ultrapassados até pelas ciências exatas e naturais.

As normas jurídicas em geral, e em especial no âmbito do direito constitucional, não constituem uma “ordem abstrata” daquilo que “deve ser”, nem são um “juízo hipotético” ou um “ato de vontade” carente de inteiro fundo material.

Qual é o juízo hipotético determinado pelo preceito que estabelece a igualdade no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal? Como se estabelecer, por meio de instrumentos fornecidos pela lógica formal, as premissas maiores inerentes ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, como determina o art. 3º, III, primeira parte? É tempo de lembrar, ainda, que os cânones foram desenvolvidos por Savigny para o atendimento de necessidades específicas do direito civil de sua época, não sendo direcionadas ao direito constitucional e seu especial caráter político.

A lógica formal não é capaz de trabalhar sobre as estruturas lingüísticas do texto no sentido da obtenção de resultados minimamente coerentes, controláveis e verificáveis; essa incontrolabilidade não significa apenas uma falta de critérios de verificação *a posteriori* quanto à correta ou verdadeira interpretação. Para, além disso, o raciocínio puramente lógico-formal não se presta nem mesmo à formação de *qualquer* premissa maior. As que são criadas *alegadamente* por meio de critérios lógicos já contém em si elementos “voluntários” ou, se preferirem, não determinados diretamente a partir dos elementos textuais, de maneira que o axioma positivista é uma ilusão retoricamente escorada pela sua suposta autoridade científica, atualmente infirmada.

A elaboração da moldura atende a critérios no máximo *pseudológicos*, os quais são insuficientes para determinar a abrangência da própria moldura. Habermas afirma que as leis jamais foram dotadas [e jamais serão] de uma forma semântica tal que permitam ao juiz uma aplicação simplesmente algorítmica.¹¹² A lógica formal trabalha com elementos abstratos, de matriz matemática, sem correspondência real no mundo fenomênico, exceto sob uma dimensão axiomática, necessária para o funcionamento das ciências exatas, mas imprestável para a explicação do funcionamento do direito. Nota-se que “apenas nas linguagens puramente formais – como são as da lógica e da matemática puras – não se colocam problemas de vaguidade, mas não porque os seus conceitos sejam mais exatos que os de outras ciências, mas sim porque não são

¹¹² HABERMAS, 1992 apud GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106.

empíricos”.¹¹³ Os autores utilizam aqui a noção de vaguidade, que de alguma maneira deve ser superada pelo novo paradigma: o texto não é apenas vago, ele não *funciona* descontextualizado e sem o aporte dos elementos factuais, razão pela qual não há de se falar, em termos precisos, de uma vaguidade *ante factum*, mas sim numa ausência de sentido. Sobre a irrealidade das abstrações jurídicas de cariz matemático, já afirmava Rudolf von Jhering que:

[...] os conceitos jurídicos são incompatíveis com a vida; não suportam o mundo real; a fé inamovível no império dos conceitos jurídicos e em princípios abstratos é o vínculo comum que une a todos os que habitam o céu dos conceitos jurídicos; o jurista opera com seus conceitos como o matemático com suas magnitudes, de modo que, se o resultado é correto desde o ponto de vista lógico, o que acontece depois já não é problema seu – ‘Fiat iustitia, pereat mundus!’; os conceitos são verdades absolutas, sempre foram e o serão pelos séculos dos séculos.¹¹⁴

A análise da jurisdição constitucional revela que as normas constitucionais a serem trabalhadas não satisfazem, freqüentemente nem de longe, as exigências que a lógica formal tem que estabelecer como premissas maiores para poder trabalhar com elas por meio de conclusões silogísticas. Os elementos lingüísticos pertinentes às constituições não propiciam a elaboração de juízos hipotéticos logificados, como ordens idênticas a seu teor literal, mas sim se apresentam como marcos referenciais que, além dos recursos metodológicos da tradição hermenêutica, necessitam também de diversos elementos interpretativos que são inerentes à realidade social normatizada, os quais não são e não poderiam mesmo ser determinados por meio dos cânones clássicos. A simples aplicação pura dos elementos da lógica formal aos casos constitucionais e a completa cisão entre “norma” e “realidade”, relacionadas apenas como premissas maior e menor na subsunção silogística, e a subsequente e inevitável (para se manter algum grau de “coerência” interna à teoria) ausência de método e de preocupação especificamente hermenêutica, escondem, sob o manto de refinados argumentos pseudológicos de algum poder retórico, o avassalador caráter decisionista inerente à teoria pura. E também pela impossibilidade de aferir a

¹¹³ ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 61-62. (No original: “solo en los lenguajes puramente formales – como son los da lógica y de la matemática puras – no se plantean problemas de vaguedad, pero no porque sus conceptos sean más exactos que los de otras ciencias, sino porque no son empíricos”)

¹¹⁴ JHERING, 1987 apud GRAU, op. cit., p. 102.

correção da própria moldura estabelecida sob argumentos supostamente “lógico-jurídicos”.

Essa impossibilidade é explicitada quando o próprio Kelsen externa o seguinte:

Pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.¹¹⁵

Dissolve-se em seu pensamento a própria idéia da existência de uma moldura. O raciocínio lógico que utiliza – similar àquele que usa para chegar à conclusão de que “lei inconstitucional” é uma contradição em termos, com o subsequente caráter estritamente constitutivo e *ex nunc* da decisão em controle de constitucionalidade – parte do princípio de que, se de fato os tribunais ditam o direito e essa decisão prevalece, é porque o ordenamento permite essa decisão, ainda que fora da moldura. Se o ordenamento não a permitisse, ela não teria surgido. Isto é, ainda que a decisão do caso não atenda aos elementos clássicos de interpretação do texto – e a quaisquer elementos que sejam admitidos pela lógica formal – na formação das possibilidades de premissas maiores (hipótese de discricionariedade no segundo sentido fraco de Dworkin),¹¹⁶ seria a decisão interpretação igualmente autêntica e válida, logo, correta. Uma, apenas, entre várias possibilidades de respostas corretas. Aliás, ao dissolver a moldura, a teoria pura passa a admitir não apenas a existência de múltiplas respostas corretas, mas sim que *qualquer* resposta pode ser correta, desde que imposta de fato por um poder juridicamente competente

¹¹⁵ KELSEN, *Teoria pura...* op. cit., p. 394.

¹¹⁶ Sendo certo que Dworkin defende a existência de uma única resposta correta para cada caso. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978. p. 69.

para tal. O decisionismo acachapante se revela por completo em uma teoria para a qual a pergunta sobre a resposta correta é colocada em termos meramente formais.

5.3 A RESPOSTA CORRETA EM DWORKIN

5.3.1 Será Que Não Existe Mesmo Resposta Correta Nos Casos Difíceis?

Buscando a coerência interna à estrutura de sua teoria, Dworkin desenvolve engenhosa argumentação em defesa da existência de uma única resposta correta para a resolução da maioria dos casos difíceis, a qual será objeto de exposição e análise neste item.¹¹⁷

Existem conceitos jurídicos que determinam ao decididor a obrigação de decidir favorável ou contrariamente ao autor de um pleito, de acordo com a circunstância de o conceito ser ou não aplicável em determinado caso. São os “conceitos dispositivos”, que podem ser exemplificados pelas figuras do contrato válido, da responsabilidade civil ou da conduta criminosa. A “tese da bivalência”, corrente na práxis e no discurso jurídicos, estabelece que, em cada caso, *ou a afirmação positiva* – a de que o caso se insere no conceito dispositivo –, *ou a afirmação negativa* – a de que o caso não se insere no conceito – *deve ser verdadeira*, ainda que haja controvérsia sobre qual seria a afirmação verdadeira. Se a tese da bivalência é verdadeira, então sempre que o caso envolver conceitos dispositivos haverá uma resposta correta, ainda que não se possa concluir qual seja essa resposta.

Segundo Dworkin, podem ser delineadas duas correntes distintas que defendem a inexistência de uma única resposta correta. A primeira contesta a tese da bivalência nos conceitos dispositivos alegando que esta exclui a possibilidade de ambas as afirmações, a positiva e a negativa, serem igualmente falsas. Seria logicamente falso afirmar que um contrato ou é válido ou inválido, que uma pessoa ou tem ou não tem responsabilidade civil e que uma conduta ou é ou não é criminosa. Ambas as afirmações positiva e negativa poderiam ser falsas porque não exaurem as possibilidades de resposta logicamente admissíveis (não ocupam todo o

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p. 119-145. *passim*.

“espaço lógico” aberto pela questão). Poderia haver uma *terceira resposta*, a qual “quebraria” a suposta estrutura bivalente dos conceitos dispositivos. Por exemplo, um acordo de vontades poderia ser não apenas um contrato válido ou inválido, mas também um contrato “ainda não plenamente desenvolvido” (*“inchoate” contract*). A segunda corrente alega que em casos-limite não seria possível estabelecer-se uma afirmação positiva nem negativa, e isso em decorrência (a) de uma dificuldade ou impossibilidade de aferição, por não existirem elementos de prova sobre qual seria a resposta correta; ou, diferentemente, porque (b) a coisa mesma, em sua essência, estaria em uma situação indefinida em razão do caráter vago dos conceitos envolvidos.

Esquemáticamente, a tese da bivalência estabelece que (-p) é a negação de (p), de maneira que se (p) é falso (-p) é verdadeiro e se (-p) é falso (p) é verdadeiro. Seguindo o exemplo de Dworkin, a proposição de que o contrato de Tom é válido pode ser representada pela expressão “p” e a proposição de que o seu contrato é inválido por “não-p”.¹¹⁸ A tese da bivalência implica que a pergunta sobre a validade do contrato de Tom possua uma resposta correta, ainda que não saibamos qual seja, porque (não-p) é idêntico a (-p), e ou (p) ou (-p) é sempre obrigatoriamente verdadeiro. A primeira corrente que contradiz a tese da bivalência supõe que (não-p) não é idêntico a (-p); (não-p) deveria ser representada por algo diferente, algo que não seja a negação lógica de (p); por exemplo, por “r”. Assim, não é correto afirmar que ou (p) ou (r) é verdadeiro, pois é possível que seja verdadeiro um terceiro (que não pode ser excluído), um “q”, que esteja “em algum lugar no meio” entre (p) e (r). A segunda corrente não nega que (não-p) é idêntico a (-p), mas afirma que há casos em que nem (p) nem (-p) é verdadeiro, isto é, que a tese da bivalência simplesmente não se sustenta em alguns casos.

Sob o prisma da liberdade de ação decisória do juiz, a primeira corrente implica que haveria discricionariedade exclusivamente na hipótese de a resposta correta recair sobre um conceito jurídico que tenha a discricionariedade como consequência, uma “terceira” resposta diferente de (p) e (r). No exemplo do contrato de Tom, essa terceira resposta corresponderia à hipótese do contrato “ainda não plenamente desenvolvido”, que seria um “q” diferente de (p) e (r). Diferentemente,

¹¹⁸ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 122.

sob a ótica da segunda corrente, a discricionariedade judicial existe não em decorrência de uma afirmação legal da discricionariedade, mas sim porque a lei não estipula nada – nem mesmo a discricionariedade –, devendo o juiz “fazer o que pode por si mesmo”.¹¹⁹

5.3.2 Análise da Primeira Corrente

Quando se busca a controlabilidade das decisões judiciais e a “honestidade dos métodos” em matéria hermenêutica, coloca-se em foco o problema – central para o questionamento sobre a existência ou não de uma única resposta correta para cada caso jurídico – da existência de um *dever* de o juiz decidir de determinada maneira. É inerente ao conceito de dever a admissão de uma terceira via diferente das que exigem que o juiz tenha o dever de decidir de um jeito (p) ou de outro (-p): a que aceita que o juiz *não* tem dever de decidir de uma ou outra maneira, mas sim uma *permissão* para decidir discricionariamente. A primeira corrente alega que o sistema jurídico sob foco, seja o anglo-saxão, em Dworkin, seja o brasileiro, de cariz estatutário de tradição européia-continental, é um sistema jurídico que admite a terceira opção de liberdade decisória.

A tese se sustenta em uma alegação semântica sobre os conceitos jurídicos e insere no sistema jurídico uma lógica de funcionamento da linguagem própria da prática lingüística cotidiana e ordinária. Acontece que a partir da premissa de que o conceito de dever admite três posições diferentes não se pode extrair como consequência necessária que os conceitos jurídicos usados como substrato para definir as circunstâncias de haver, ou não, um dever de decidir tenham também três alternativas igualmente verdadeiras. No futebol, por exemplo, o juiz tem o dever de decidir que houve gol se a bola ultrapassou mais da metade da linha imaginária entre as três traves; e tem o dever de não decretar gol se a bola não ultrapassou esse limite. A regra específica que determina a ação do juiz, partindo-se do pressuposto de Dworkin de que é um conceito dispositivo e bivalente, não admite uma terceira opção, devendo ficar entre o (p) e o (-p), o que demonstra que, apesar da utilização dos conceitos dispositivos para a descrição e determinação das “hipóteses de incidência” que motivam o dever de decidir do juiz, não é logicamente

¹¹⁹ DWORKIN, *A matter...*, *op. cit.*, p. 122.

aceitável que os conceitos dispositivos tenham, *necessariamente*, a mesma estrutura trifásica do próprio dever de decidir. A tese da “trivalência” que explica os espaços lógicos do dever judicial não é válida como inerência obrigatória para as normas jurídicas em si mesmas.

O raciocínio dworkiniano é passível de uma crítica nesse ponto. Se por um lado (e aqui reside Dworkin), a tese da “trivalência” não é obrigatória, não é uma inerência, também a mesma não pode ser considerada no plano “lógico” como sendo obrigatoriamente excluída. Pode haver, em tese, fontes normativas jurídicas em relação às quais ela se aplica, e isso conforme a própria argumentação expendida.

Ainda em Dworkin, não pode ser também admitida a tese, levantada em defesa da primeira corrente, de que é a decisão do juiz em si mesma que determina se um conceito é válido ou não, de modo que a afirmação de que um conceito é válido seria idêntica à afirmação de que os juízes têm o dever de decidir que um conceito é válido. Essa afirmação é caudatária de um realismo jurídico do tipo que considera o direito aquilo que os juízes dizem que ele é, o que não pode ser aceito como correto ao menos em sistemas jurídicos cuja teoria pretende estar consentânea com qualquer teoria constitucional que se pretenda democrática.

O conceito jurídico (que é dispositivo) fornece um argumento de justificação ou construção estruturada para o dever de decidir do juiz. Os conceitos jurídicos referem-se a dados da realidade e a direitos e deveres que devem prevalecer se esses dados aconteceram ou não (ainda que sob a perspectiva da teoria estruturante do direito) e fornecem argumentos/justificativas/elementos estruturais da norma que funcionam da seguinte maneira no discurso e na prática jurídica: se nos “testes” a que são submetidas as alegações do autor o resultado não é atingido, então a conclusão contrária ao pedido deve ser decidida e não apenas a negação da afirmação; isto é, se o contrato não é válido, ele deve ser inválido, confirmando-se a tese da bivalência, a qual tem a *função* de “fechar” o espaço logicamente aberto pelos conceitos de dever (e de direito), que admitem uma terceira resposta inadmissível na prática dos sistemas jurídicos como os de tradição “ocidental”.

A conclusão afirmativa dessa função de fechamento provém da observação

empírica da prática jurídica, e não da abstração da lógica formal.¹²⁰ No entanto, e conforme será visto mais adiante, essa afirmação parte do pressuposto de que se está diante de um conceito que é dispositivo. A conclusão pode ser diferente, pode ser pela existência de uma pluralidade de respostas corretas, caso se admita que a fonte normativa determina algo que não seja necessariamente dispositivo.

É certo que também não se prestam a essa versão da tese da inexistência de resposta correta as orientações de que os preceitos do texto de lei possuem o mesmo significado das proposições impostas por alguma autoridade ou instituição com poderes de estabelecer o direito. Esse tipo de reducionismo à idéia da norma como ordem ou, ainda, mais acuradamente, como *mens legislatoris*, além de ultrapassado em termos de teoria da norma e de metódica, apenas poderia servir como *axioma* para um sistema jurídico em que não houvesse respostas corretas, não como demonstração dessa tese em nosso sistema.

5.3.3 A Análise da Segunda Corrente: o argumento da vaguidade

Três tipos de argumentos diferentes podem ser utilizados pela segunda corrente para contestar a tese da resposta correta: o argumento do caráter vago dos textos jurídicos; o argumento positivista da “estrutura escondida” e o argumento do caráter intrinsecamente controverso dos textos.

A noção bastante difundida de que não seria possível a fixação de uma única resposta correta em razão da vaguidade dos termos jurídicos erra ao não separar e diferenciar o *fato* da vaguidade dos textos e as *conseqüências* dessa vaguidade. Esse equívoco provém da deficiência própria dos pressupostos das teorias da norma jurídica empregadas usualmente pela tradição, as quais

¹²⁰ “Eu sou capaz de apontar para o fato de que os advogados [os operadores do direito] tratam a alegação de que um contrato não é válido como a negação da alegação de que é válido, a alegação de que alguém não é responsável como a negação da afirmação de que é, e assim por diante; e eu também sou capaz de demonstrar que os operadores do direito não usam palavras do tipo que a sua descrição sugere que eles fariam [a descrição de alguém que defende a primeira corrente da tese da inexistência de resposta correta], como contratos ‘não plenamente desenvolvidos’, ou ‘vulnerabilidade à responsabilização’ ou atos ‘criminosos’”. DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 126. (No original: “I am able to point to the fact that lawyers treat the claim that a contract is not valid as the negation of the claim that it is valid, the claim that someone is not liable as the negation of the claim that He is, and so forth; and I am also able to show that lawyers do not use words of the sort his description suggests they would, like “inchoate” contracts or “vulnerability to liability” or “criminosus” acts”).

consideram que a positivação de um texto normativo produz sobre o direito em vigor apenas o efeito característico dos “significados abstratos” das palavras que o mesmo utilizou. Assim, supõem que se as palavras usadas são vagas, será indeterminado o seu significado e seu impacto sobre o direito. Mas, conforme explica a teoria estruturante do direito, essa pressuposição erra ao desconsiderar que o trabalho de concretização efetuado pelo intérprete compõe a própria estrutura da norma, não podendo esta estar já pré-concebida antes desse trabalho, e que diretrizes de interpretação/concretização irão (sempre e independentemente de alegação de eventual “vaguidade”) atuar sobre o material legislado. Dworkin também avança no mesmo sentido, ainda que não utilize as categorias da teoria estruturante, e ultrapassa os velhos paradigmas para incluir o trabalho hermenêutico como parte constituinte da norma.¹²¹ Especialmente, o autor advoga que a resposta sobre a existência de uma resposta correta envolve a pesquisa pelo impacto que um estatuto legal tem sobre o direito por meio da pergunta sobre qual é a interpretação que melhor concretiza o conjunto de princípios e de políticas públicas que provêm a melhor justificativa política para o estatuto ao tempo em que ele foi editado [melhor seria, ao tempo de sua aplicação ao caso].¹²² Existe ainda a posição conservadora (e consentânea com a tradição) de se considerar, já que o texto é vago, apenas um núcleo duro incontroverso sobre o qual seria o seu significado.

A tese da vaguidade alega que se “ α ” é um termo vago, então em alguns casos a afirmativa de que “ x é α ” é verdadeira, em outras é falsa, e em outras não são nem verdadeiras nem falsas. Essa alegação pode ser refutada se for introduzido no sistema jurídico um “princípio” que exige que se “ x é α ” não é verdade, deve ser tratado como falso. E aqui Dworkin converge de novo com as formulações müllerianas. A exigência de honestidade dos métodos aliada ao postulado da *coerência* em matéria de aplicação do direito – próprio do Estado Democrático de Direito que se propõe a aplicar o direito indistintamente de acordo com a igualdade (*equal justice under law*) – exigem que a norma seja detalhada em grau muito mais preciso do que os paradigmas que se pretende ultrapassar determinavam. Concebida a norma jurídica como o amálgama do programa da norma e do âmbito da norma, a norma é já percebida como uma estrutura complexa e abrangente dos

¹²¹ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 129.

¹²² *Ibid.*

diferentes tipos de elementos co-constitutivos de sua normatividade. A formulação completa da norma jurídica exige a presença integrada de todos os referidos elementos componentes de sua normatividade, provindos do programa e do âmbito, razão pela qual a assertiva inserida por Dworkin de que se “*x é α* ” não é verdade, deve ser tratado como falso na verdade apenas atende a essa exigência pós-positivista de não-reducionismo do significado do que seja a norma jurídica.

Essa explicação poderia ser substituída pela explicação mais aprofundada (e mais corajosa, e já referida durante a exposição da teoria estruturante da norma) que esclarece que os textos jurídicos simplesmente não são vagos porque eles, enquanto textos, não possuem (ainda) significado algum, destituídos de normatividade intrínseca, a qual só existe *por meio* do trabalho do operador do direito na resolução do caso. A suposição da vaguidade do texto erra já na sua origem. E Dworkin argutamente demonstra o erro, prosseguindo na direção de que nem mesmo uma elevação do nível de linguagem, na argumentação de que a vaguidade impede a existência de uma resposta correta, poderia se sustentar. Poder-se-ia alegar que se “ α ” é vago, então haverá casos em que ““*x é α* ” é verdade” em si mesmo não será nem verdadeiro nem falso, ao que se poderia eternamente responder com a repetição do princípio de que a proposição de que não é verdade deve ser tratado como falso, a cada nova elevação do nível de linguagem. Mas já não é aceitável nem mesmo a primeira elevação no nível de linguagem.

Ao tomarmos a assertiva inicial de que “*x é α* ” é verdade, então ““*x é α* ” é verdade” é verdade; mas se ““*x é α* ” é falso” ou ““*x é α* ” não é nem verdadeiro nem falso”, então ““*x é α* ” é verdadeiro” é falso. Em nenhuma das três alternativas ““*x é α* ” é verdade” não é nem verdadeiro nem falso. Assim, o argumento da elevação do nível de linguagem não resiste ao próprio argumento inicial da vaguidade, pois este considera que as proposições normativas apenas são indeterminadas quando uma proposição do tipo “*x é α* ” é indeterminada em consequência da vaguidade de “ α ”, mas também considera que sempre que for incerto se “ α ” é verdade a proposição de que “*x é α* ” é falsa.¹²³

¹²³ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 130.

5.3.4 A Análise da Segunda Corrente: o argumento positivista

As diferentes visões positivistas comungam do pressuposto de que o direito existe em virtude de uma decisão ou de um ato humano, de modo que poderiam ser sumarizadas pelo esquema: se “p” representa uma proposição jurídica, e “L(p)” expressa o fato de que uma pessoa ou grupo agiu de uma maneira que faz (p) verdadeiro, então o positivismo considera que (p) não pode ser verdadeiro a menos que L(p) seja verdadeiro.¹²⁴ Os positivismos geralmente inserem-se na segunda corrente da tese da não existência de resposta correta, em razão da possibilidade lógica de que “L”, qualquer que seja o ato ou decisão de positivação do direito, não tenha determinado nem (p) nem (-p), ou seja, há casos em que tanto L(p) quanto L(-p) são igualmente falsos. Entretanto, Dworkin demonstra que as teses positivistas normalmente não se prestam à defesa da segunda corrente, a não ser em uma única forma específica e, ainda assim, de maneira muito limitada.¹²⁵

O positivismo semântico implica que (p) tem significado idêntico a L(p), de maneira que o exemplo de Dworkin de que “o contrato de Tom é válido”, (p), tem o mesmo significado de “O soberano determinou que contratos como o de Tom são válidos”, L(p).¹²⁶ A segunda corrente considera que “o contrato de Tom não é válido”, (-p), deve ser a negação lógica de (p). Abrem-se duas possibilidades lógicas para argumentação: (1) se algum tipo específico de positivismo semântico estabelece um conceito para “L” de maneira que L(p) e L(-p) não podem ambos serem falsos, então não se satisfaz a segunda corrente; (2) se “L” aceita que L(p) e L(-p) podem ser ambos falsos, então há contradição interna com o próprio positivismo semântico, já que (p) e (-p) não podem ambos serem falsos, não é possível que (p) seja o mesmo que L(p) e (-p) o mesmo que L(-p).

Outras formas de positivismo não exigem identidade de significado entre (p) e L(p), admitindo apenas uma correlação lógica entre eles ou, em sentido ainda mais fraco, uma “relação de equivalência de verdade funcional” (tradução nossa),¹²⁷ de maneira que sempre que o contrato de Tom é válido será sempre também verdade

¹²⁴ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 131.

¹²⁵ Ibid., p. 132-137.

¹²⁶ Ibid., p. 132.

¹²⁷ Ibid. (No original: “relation of truth-functional equivalence”)

que algum ato determinou que sejam cumpridos os contratos desse tipo, e vice-versa. Se (p) é equivalente a $L(p)$, em termos de verdade funcional, então quando $L(p)$ é falso (p) é falso, e não simplesmente não-verdadeiro. Então quando $L(p)$ é falso, $(-p)$ é verdadeiro. Como $L(p)$ deve ser ou verdadeiro ou falso, então ou (p) ou $(-p)$ deve ser verdadeiro, contrariando a segunda corrente.

O argumento inicial do positivismo, pelo qual este seria adepto da segunda corrente, confunde a negação interna de $L(p)$, que é $L(-p)$, com a sua negação externa, $-L(p)$. Se $L(p)$ é equivalente a (p) e $L(-p)$ é equivalente a $(-p)$, então $-L(p)$ é equivalente a $(-p)$ e, logo, já que $L(-p)$ e $-L(p)$ são ambos igualmente equivalentes a $(-p)$, são equivalentes entre si; lembrando-se que a segunda corrente considera falsa a primeira corrente; e isso porque se um preceito normativo é verdadeiro quando e apenas quando um legislador expediu determinado comando, então o preceito é falso quando ele não expediu esse comando.

A única maneira de o positivismo tentar encontrar uma teoria coerente em que não haveria uma única resposta correta para os casos difíceis consiste na assunção de que uma proposição normativa é verdadeira se e apenas se a proposição sobre o ato positivador é verdadeira, mas simultaneamente não é falsa quando a proposição sobre o ato positivador é falsa. Dworkin empreende um exercício para testar a possibilidade de sucesso do positivismo em uma empreitada como a sugerida, elaborando que um grupo de professores especialistas em Charles Dickens se reuniu para discutir sobre David Copperfield como se David fosse uma pessoa real, estabelecendo as seguintes regras básicas que deveriam nortear a discussão:

- (1) Qualquer proposição sobre David deve ser considerada “verdadeira” se Dickens disse que era, ou disse algo diferente de tal modo que seria inconsistente que pudesse negá-lo;
- (2) Qualquer proposição deve ser negada como “falsa” se Dickens a negou, ou se disse algo diferente de tal modo que seria inconsistente que pudesse afirmá-lo.¹²⁸

Conforme a regra do “terceiro excluído” (ou do “meio excluído”, *excluded*

¹²⁸ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 134.

middle), os conceitos dispositivos a serem aplicados exigem que, para qualquer que seja a propriedade a ser imputada a uma pessoa, deve ser verdade que a pessoa possui ou não a propriedade. A segunda corrente que nega a existência de uma única resposta correta aproveita a circunstância de que existem questões, a partir das premissas acima, em que os participantes da discussão sabem que não podem ser afirmadas como verdadeiras nem infirmadas como falsas, de acordo com as regras estabelecidas, porque, no caso, Dickens (o ato positivador) nunca teria dito nada a respeito de certa questão, e não seria inconsistente com qualquer coisa que tenha efetivamente dito se ele tivesse negado, mas também não negou expressamente, e igualmente não seria inconsistente com nada que ele disse se ele tivesse asseverado. Os operadores do direito, em uma situação como esta, não poderiam afirmar nem negar a proposição, não exatamente porque lhes faltasse informação a respeito, mas sim porque, de acordo com as regras estabelecidas, eles têm informação suficiente para afirmar que a proposição não é nem certa nem falsa (ou seja, atende à segunda corrente e não à primeira corrente).

Esse positivismo proposto não seria nenhuma das suas formas ortodoxas, as quais exigem uma relação conceitual e universalizadora entre o que seja o direito e o ato positivador. Seria uma versão *soft* de positivismo em que os cidadãos e os agentes públicos sob certa jurisdição seguem regras básicas sobre a verdade e a falsidade das proposições normativas de maneira que nenhuma dessas proposições deve ser considerada verdadeira a menos que um ato positivador tenha feito o comando apropriado, ou considerada falsa a não ser que tenha sido feito o comando contrário, de sorte que existem proposições normativas que não poderiam ser afirmadas nem como verdadeiras nem como falsas na ordem jurídica em foco.

Esse raciocínio pressupõe que outros sistemas jurídicos positivados podem sim possuir uma resposta correta para a questão que não possui resposta correta na ordem exemplificadamente suposta. E isso pode acontecer, de modo mais evidente, em decorrência dos dados de entrada do sistema apresentarem conteúdos que conduzam a uma única resposta correta, sem deixá-la aberta. Mas é possível também – e aqui se apresenta outra perspectiva a ser analisada – que um sistema jurídico possua regras básicas que conduzam o processo decisório de maneira mais completa, mais aprofundada ou de qualquer maneira mais conducente à obtenção de uma única resposta correta do que as regras apresentadas anteriormente para as discussões sobre David Copperfield. Um passo adiante nessas regras básicas seria

o estabelecimento de que as proposições sobre David são consideradas verdadeiras ou falsas nos casos em que seja muito provável que uma pessoa real que tenha as propriedades características de David também teria as propriedades asseveradas ou negadas pelas proposições (as quais pelas regras originais não teriam resposta correta). Pode-se avançar e elevar ainda mais o nível das regras básicas ao se estabelecer que uma nova proposição sobre David seja considerada verdadeira ou falsa se essa nova proposição for mais ou menos bem sucedida, em uma comparação feita diretamente com a sua negação, em se adequar às proposições já anteriormente estabelecidas como verdadeiras, de maneira mais satisfatória.

Em um ambiente com essas premissas, o espaço aberto para a existência de questões sem resposta correta é reduzido ao ponto em que pouquíssimas questões ainda permaneceriam sem resposta – número tendente a zero –, já que a correção está associada à adequação a parâmetros que extravasam do que foi formulado pelo ato positivador, mas aceitos como integrantes da ordem jurídica positivada.

O sistema jurídico estabelecido neste nível mais abrangente supõe que os “[...] operadores jurídicos afirmam ou negam as proposições normativas em razão da melhor ou pior adequação com a teoria política que provê uma melhor justificação para as proposições já estabelecidas” (tradução nossa).¹²⁹

É de se questionar se esse nível mais amplo de resposta em relação à sua adequação à teoria política que melhor explique e harmonize os precedentes ainda pode ser considerado caudatário de alguma teoria que ainda possa ser chamada de positivista ou se já ingressa em novos (ou antigos, mas diferentes) parâmetros de racionalidade (ou irracionalidade, dependendo da perspectiva).

5.3.5 A Análise da Segunda Corrente: o argumento da controvérsia

A tese da “demonstrabilidade” considera que se uma proposição não pode ser demonstrada como sendo verdadeira, depois que todos os fatos relevantes são conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira. A demonstrabilidade

¹²⁹ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 136. (No original: “[...] participants assert (or deny) propositions that provide a better (or worse) fit with the political theory that provides the best justification for propositions of law already established.”)

restaria aferida segundo critérios aceitos pela linguagem cotidiana praticada por qualquer interlocutor que compartilhe a utilização da língua. Segundo essa tese, existem questões sem resposta em razão da sua não-demonstrabilidade conforme os usos fornecidos pela linguagem prática, já que há questões em que mesmo pessoas treinadas para o trabalho jurídico e zelosas para com seu trabalho irão se controverter a respeito do significado das proposições normativas.

A demonstrabilidade se lastreia em uma forma de empirismo na metafísica segundo a qual nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser em virtude de alguns “fatos significativos”¹³⁰ que as façam verdadeiras, excluindo quaisquer outras formas de verificação da verdade (ou da correção) que não sejam lastreadas em fatos significativos. Se um sistema jurídico aceitar que outros fatores que não apenas fatos significativos podem servir à verificabilidade da correção das prescrições normativas, então a tese da demonstrabilidade, em sua versão empírico-metafísica, restará frustrada, abrindo flancos a outras formas de determinação da resposta correta.

Esse outro padrão de racionalidade pode ser encontrado, segundo Dworkin, nos fatos de consistência narrativa, os quais não são científica ou empiricamente comprováveis, mas fornecem uma explicação mais satisfatória sobre a proposição,¹³¹ pois são hipóteses convincentes segundo critérios de coerência sistemática com o contexto da narrativa, e haveria situações argumentativas em que o fato de consistência narrativa levantado como hipótese seria tão forte que os participantes da discussão concordariam quanto à sua assertiva (critério do consenso), e haveria outras situações em que o mesmo tipo de argumento restaria ainda controverso, mas seria ao menos possível escaloná-lo em diferentes graus de plausibilidade.

Um empirista-metafísico poderia negar-se a acreditar na veracidade do argumento de consistência narrativa, mas se ele se envolver como um ator da

¹³⁰ DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 137. “Fatos significativos” é uma tradução livre para *hard facts*, os quais seriam os fatos físicos e os fatos sobre as condutas das pessoas, incluindo os pensamentos e as atitudes.

¹³¹ Dworkin, nesse ponto, chega a abrir-se à existência de “fatos morais”, como, por exemplo, o fato moral de que a escravidão é injusta. Esse fato seria assim não em razão das pessoas acharem a escravidão injusta e nem em decorrência de convenções estabelecidas, mas simplesmente a escravidão seria injusta porque é injusta. *Ibid.*, p. 138. Sabedor das críticas que sua teoria recebe sobre um retorno ao naturalismo, ele aperfeiçoa sua argumentação lastreando-a nos fatos de consistência narrativa, sem ter que comprometer-se com a tese dos fatos morais.

discussão, certamente formará suas próprias crenças a partir de argumentos de consistência narrativa, assim como igualmente os que participam da discussão sempre formam as suas crenças. E a indemonstrabilidade empírica do argumento de consistência narrativa não afasta o fato de que os participantes da discussão mantêm uma crença própria formada a partir dos diversos argumentos que integram a discussão. Até mesmo um observador externo que queira se posicionar a respeito da discussão (como crítico ou julgador independente) precisa se envolver na argumentação, pois se não tiver nenhuma crença pessoal sobre as proposições, ele não será aceito como passível de efetuar qualquer crítica ou julgamento; mas, se ele tem as suas crenças – única maneira de se envolver no debate –, é porque considera que alguns dos argumentos (de consistência narrativa) melhor explicam a respeito da assertividade da proposição.

A alegação de que a crença em um argumento de consistência narrativa é fruto *exclusivamente* da própria personalidade e historicidade do intérprete/concretizador – da sua pré-compreensão de mundo – não é minimamente sustentável. Não é possível separar a inserção do ser-no-mundo do sujeito do processo de decisão/interpretação/concretização tratado como um todo, que sempre é realizado a partir de um ponto específico (ou pontos específicos) da história do sujeito (com sua pré-compreensão), e não de algum ponto arquimediano.

A consideração de que o raciocínio moldado por meio de fatos de coerência narrativa não diria nada sobre o “mundo exterior”, mas ficaria restrito à racionalidade interna do próprio sistema que os admite, também não afasta a assunção de que as respostas obtidas sejam corretas ou falsas, possibilitando o encontro da única resposta correta. Os participantes do processo interpretativo mantêm as razões que o sistema lhes fornece (ou determina) – a submissão de suas respostas a critérios de reflexão e consistência. Ainda assim, o empirista metafísico poderia argumentar que a empreitada como um todo estaria sustentada em uma mera “ilusão” de que os fatos considerados (de consistência narrativa) encontram-se no “mundo externo”, isto é, seriam confundidos com fatos significativos. Mas os fatos de coerência narrativa não são tratados pelos participantes no sistema como fatos significativos, mas sim como possuidores do sentido que lhes é impresso pelo próprio sistema; e isso não retira do sistema a sua “validade”, contanto que ele sirva ao seu propósito de maneira mais proveitosa do que um outro tipo de sistema, de qualquer maneira, *algum* sistema é construído para lidar com os problemas interpretativos/decisórios.

5.3.6 Breves Síntese e Crítica da Teoria da Resposta Certa em Dworkin

A síntese da teoria sobre a decisão jurídica em Dworkin pode ser feita nas seguintes palavras:

Uma proposição do direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificação que pode ser dada para o conjunto de proposições do sistema jurídico, consideradas como sendo estabelecidas, oferece uma explicação melhor para a proposição do que para a proposição contrária, a de que o contrato de Tom não é válido, mas é falsa se essa justificação oferece uma explicação melhor para a proposição contrária (tradução nossa).¹³²

Duas ordens de problemas podem levar à opinião de que não existe uma resposta correta em determinado caso: a imensa extensão ou densidade das informações que são fornecidas (o conjunto de proposições jurídicas estabelecidas) e o caráter aleatório da questão formulada. Mas essas questões, se procedentes, e no grau em que sejam procedentes, levariam à inexistência de resposta correta a partir de premissas internas ao sistema, e não como uma contestação externa ao caso. Dworkin considera que existem duas dimensões segundo as quais deve ser julgado se uma teoria fornece a melhor justificação para os materiais jurídicos disponíveis: a dimensão da *adequação* e a da *moralidade política*.

A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é uma melhor justificação do que outra se, grosso modo, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra. Duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos, com poucas regras estabelecidas, ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado das condutas de seus participantes. Mas em um sistema moderno, desenvolvido e complexo, a probabilidade antecedente desse tipo de empate é muito pequena e extremamente rara, isto é, não será raro que haja divergência entre os operadores do direito a respeito de qual seja a melhor teoria (a resposta correta), mas sim será raro que haja consenso de que não há uma teoria melhor nos respectivos casos

¹³² DWORKIN, *A matter...*, op. cit., p. 142. (No original: "A proposition of law, like the proposition that Tom's contract is valid, is true if the Best justification that can be provided for the body of propositions of law taken to be settled provides a better case for that proposition than for the contrary proposition that Tom's contract is not valid, but is false if that justification provides a better

concretos.¹³³

Se, a partir da análise da primeira dimensão, duas teorias forem igualmente adequadas, uma fornecerá uma justificação melhor do que a outra se for superior em termos de teoria política ou moral, o que reduz ainda mais drasticamente as chances de existir uma pergunta sem resposta correta, mesmo que esta permaneça sendo uma remota possibilidade marginal aceitável apenas em casos raros e especialíssimos. É claro que haverá controvérsias específicas em relação ao critério da teoria moral ou política que melhor forneça uma justificação sobre os direitos que as pessoas efetivamente possuem. Os céticos não aceitariam a própria possibilidade de uso dessa dimensão, enquanto os utilitaristas achariam muito difícil que não houvesse uma teoria moral superior à outra, ainda que considerassem que seja hipoteticamente possível.

A teoria de Dworkin certamente insere a dimensão política, além da moral, para dentro do direito, como algo inerente ao seu funcionamento e existência, e tem em sua base a busca de um modelo de reconstrução racional de um sistema consistente de princípios que justificam e dão sentido ao conjunto das instituições jurídicas. O problema básico de sua teoria, e que lhe tem atribuído a pecha de neojusnaturalista, é o divórcio em relação à realidade no que se refere à possibilidade de êxito de uma tal empresa digna de um Hércules. Como decidir qual seria a melhor teoria globalmente adequada para justificar a imensa plêiade de decisões? A limitação humana impede a construção de um sistema que seja coerente e ao mesmo tempo sempre reconstruído, aberto e em renovação. Hércules sucede Deus e a razão no trabalho decisório, e ainda não é humano o suficiente, apesar de sua aparência.

Além disso, o elemento político age de maneira diferente do aspecto moral ou principiológico, sendo a sua natureza essencialmente intra-conflituosa e dinâmica, o que, somado à natureza aberta dos jogos de linguagem por meio dos quais se desenvolve o direito, impedem que haja sempre uma única resposta correta para os problemas jurídicos. Se o direito não é segregado da moral e da política, justamente essa amálgama lhe confere um sentido apenas artificialmente sistemático, e em um sistema que não pode pretender a univocidade das respostas

case for that contrary proposition")
¹³³ Ibid., p. 143.

corretas. A própria idéia de reconstrutivismo em Dworkin leva à abertura, à pluralidade de respostas igualmente corretas, em sua dinamicidade histórica. A redução da discricionariedade judicial é construída com o aumento de sua responsabilidade e não com a pretensão de afirmação de uma única alternativa lógica para a sua ação, o que, aliás, apenas poderia encobrir algum decisionismo de última hora.

Também é de se criticar a distinção entre casos “fáceis” e “difíceis”, que já existia em Hart e permanece em Habermas, Günther, Dworkin, Alexy, Atienza, etc., segundo a qual os problemas jurídicos poderiam ser divididos entre aqueles em que existe clareza quanto à sua solução, para os quais o esquema silogístico seria aplicável, e aqueles outros nos quais a resposta não seria clara em razão da insuficiência dos critérios tradicionais, quando então se recorreria às teorias argumentativas e principiológicas, como se os casos pudessem ser essencialmente, em si mesmos, fáceis ou difíceis.

A partir da concepção de que um caso jurídico jamais é resolvido exclusivamente de forma lógico-dedutiva, mas sim de maneira politicamente influenciada por meio da pré-compreensão do decididor e do seu entorno (intersubjetividade), a facilidade dos casos fáceis torna-se um dado apenas apreensível *a posteriori* e decorrente de uma posição sobre a estrutura da norma e não sobre a clareza do texto legislado em si. A suposta facilidade de um caso jamais pode ser alegada como justificção para o retorno a um raciocínio subsuntivo, ainda que existam casos em que a resposta correta metodicamente coincida com o resultado silogisticamente operado. Afinal, não é possível decidir antecipadamente se um caso é fácil ou difícil, se a facilidade ou dificuldade está embutida na pré-compreensão global do sujeito ainda sujeita a alterações ao longo do processo decisório que se mostre honesto e estruturado, percorrendo-se o caminho da pré-compreensão à compreensão atual. Sob um prisma mais filosófico, Lênio Streck afirma que:

[...] acreditar na distinção (cisão) entre casos simples (fáceis) e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma ‘suficiência ôntica’, enfim, que a ‘completude’ do mundo jurídico pode ser ‘resolvida’ por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie

de 'positivismo da causalidade' [...],¹³⁴

Afirmar-se a distinção entre casos “fáceis” e “difíceis” apenas contribui para a confusão no que tange à teoria da norma jurídica.

Em Dworkin, os juízes não deveriam ter discricionariedade porque não podem criar normas retroativas (e ainda estarem consentâneos com as exigências da democracia). Aqui o autor considera a norma como algo preexistente ao trabalho decisório e, nisso, não foge ao paradigma que pretende superar. O decididor participa da própria criação da norma, que não está presente anteriormente ao seu trabalho, pois não se confunde com o manancial de referenciais, inclusive os vinculantes, com os quais tem que trabalhar. Então, em alguma medida, o trabalho jurídico é sim o de conferir sentidos, e freqüentemente retroativamente, ainda que não discricionariamente. A tentativa teórica de destituir totalmente o decididor de poder político o retira da história asceticamente e o converte, tal qual o positivismo mecanicista antigo (o que também pregava uma única resposta correta), em um autômato onisciente sabedor da verdade.

Pode-se acrescentar, ainda que não tenha sido objeto de análise anterior neste trabalho, uma crítica à idéia de uma teoria jurídica calcada fundamentalmente nos direitos individuais, especialmente ao igual respeito e consideração, pois a própria redução do significado de direito aos direitos individuais já apresenta um componente político essencialmente controverso e, no mínimo, aberto à discussão democrática.

5.4 A RESPOSTA PROCEDIMENTALMENTE CORRETA EM HABERMAS

O filósofo alemão Jürgen Habermas considera que a racionalidade da jurisdição deve cumprir simultaneamente os predicados da segurança e da legitimidade e, nessa direção, ele encontra na teoria da interpretação construtiva de Ronald Dworkin um fio condutor teórico adequado *ab initio*. O modelo de Dworkin asseguraria “a integridade e condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração”.¹³⁵ Nessa esteira:

¹³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 256.

¹³⁵ TrFG1 p. 260 [FG p. 257] apud DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas: revista de filosofia*, Porto Alegre, vol. 51, n. 1, p. 19, mar.

O princípio da ‘integridade’ caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos, quanto os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um.¹³⁶

Conforme assinala Delmar José Volpato Dutra,¹³⁷ Habermas se “apropria” da teoria de Dworkin para conferir-lhe uma nova perspectiva discursiva própria à ação comunicativa, pois “quando Dworkin fala de argumentos de princípios, que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico”.¹³⁸ Em Habermas, “a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração”.¹³⁹

A teoria de Dworkin padeceria de um grau demasiado alto de solipsismo, já que trabalha com a figura do juiz-Hércules, o qual seria caracterizado por um “ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”.¹⁴⁰ Se hipertrofiarmos o seu escopo, a crítica habermasiana dirigida a Dworkin poderia ser compreendida, de alguma maneira mais ampla (e menos precisa), como uma crítica simbólica genérica a qualquer compreensão sobre o direito que não esteja calcada em teorias de fundo discursivo-procedimentalista, pois todos os não-procedimentalistas acabariam incorrendo no mesmo “erro”. E isso porque Habermas desloca o foco da atenção de sua teoria para os pressupostos procedimentais inerentes às atividades de comunicação envolvidas no trabalho jurídico. A teoria do discurso em Habermas entende o problema da atribuição de sentido como afeto a uma contra-fática situação ideal de fala – contra-fática simplesmente porque irreal, ideal e impossível na prática. Resumindo ao extremo, a situação ideal de fala seria caracterizada por um ambiente em que haja (a) igualdade de oportunidades de expressão (ausência de privilégios); (b) liberdade de expressão (ausência de coação); e (c) veracidade das assertivas.

2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fadir/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401>>. Acesso em: 15 out. 2008.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ TrFG1 p. 256 [FG p. 253] apud DUTRA, op. cit., p. 19.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid., p. 21.

Destituído de qualquer tipo de desigualdade ou assimetria, o cenário ideal de comunicação propiciaria a todos os participantes idênticas condições de argumentação e convencimento para a formação do pretendido consenso em relação a um auditório universal. Os sujeitos participantes do debate argumentativo devem se constranger a assumir um papel ideal de fala segundo o qual devem interpretar e avaliar todas as contribuições e argumentações aportadas em todas as perspectivas, isto é, também nas perspectivas de cada um dos demais sujeitos que sejam virtualmente participantes. O discurso é feito na primeira pessoa do plural e dotado de reversibilidade total em relação aos demais (tarefa digna de um Hércules: o semi-deus é apenas transferido da substância conteudística às condições procedimentais). A teoria do discurso é uma teoria procedimental do direito na medida em que a discussão argumentativa funciona como justificação prévia para a (pretendida) adequação entre a faticidade e a validade – a sua maneira de superar a tensão entre fato e norma por meio da distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação (distinção esta comum a e base de diversas teorias jurídicas). A busca de alguma “razão prática” ou objetividade especificamente jurídica é abandonada em prol de uma “razão comunicativa” caracterizada pelo consenso racional que fundamenta a validade de um enunciado normativo, pressupondo-se (metafísica e idealmente) que o consenso foi alcançado sob condições ideais de comunicação.

Criticando o solipsismo de Dworkin, Habermas propõe que a teoria deva “fundamentar os princípios do processo na figura de uma teoria da argumentação jurídica, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules”.¹⁴¹ É preciso traduzir as exigências ideais que Dworkin faz nos termos de um procedimento que faça jus tanto ao ideal da busca da única resposta correta, quanto à falibilidade desse empreendimento.¹⁴² Nessa formulação, “‘correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos”.¹⁴³ Argumentos são cadeias de razões que surgem num processo argumentativo, ou seja, “argumentos substanciais jamais são ‘cogentes’, no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explicita o conteúdo de premissas), ou de uma evidência

¹⁴¹ TrFG1 p. 280 [FG p. 276] apud DUTRA, op. cit., p. 21.

¹⁴² TrFG1 p. 281 [FG p. 277] apud DUTRA, op. cit., p. 22.

¹⁴³ Ibid.

imediatamente” (...) Por isso, “não há um fim ‘natural’ no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais”.¹⁴⁴

A teoria da argumentação habermasiana admite que o discurso tenha que se manter aberto a argumentos de outras procedências que não apenas dos textos de norma, incluindo os pragmáticos, os éticos e os morais; e considera que “a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”.¹⁴⁵ O procedimentalismo peculiar da sua teoria discursiva trabalha com a idéia de se alcançar argumentativamente uma única resposta correta para cada caso debatido sob condições ideais de fala, sendo que a correção da solução pode (e deve) ser aferida de acordo com a adequação do discurso de aplicação em relação à norma previamente considerada válida (a partir da distinção entre discurso de fundamentação [justificação] e discurso de aplicação). A análise quanto à adequação da decisão é determinada a partir do regramento procedimental que estabelece as condições de comunicação, sendo, pois, um regramento externo ao caso, ainda que a ele tangencial, na medida em que reduz o escopo do exame às questões discursivas e procedimentais. Isso significa que o procedimentalismo, mesmo sob a vertente de Habermas, não se livra de ser vazio de conteúdo em relação à normatividade específica da decisão jurídica. Procura-se uma resposta correta apenas em termos procedimentais, não havendo ênfase no que se refere à contedística. Por isso, sob a perspectiva da estrutura da normatividade, a compatibilidade entre o discurso de aplicação e o discurso de fundamentação é analisada exclusivamente por meio de categorias contrafáticas e apenas indiretamente é referente ao caso, naquilo que concerne ao respeito às regras procedimentais. A resposta correta depende “não da qualidade dos argumentos, mas, sim, da estrutura do processo argumentativo.”¹⁴⁶ Como leciona Lênio Streck:

[...] por mais que se diga o contrário, não há, visto sob o ângulo hermenêutico, ‘a’ resposta correta em Habermas e Günther. Há, sim, a possibilidade de diversas respostas corretas, embora Habermas defenda a existência de uma única resposta correta, que resulta de um raciocínio contra-fático, em que o discurso fundamentador é

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ TrFG1 p. 287 [FG p. 283] apud DUTRA, op. cit., p. 23.

¹⁴⁶ Conforme palavras do próprio Habermas, mencionadas por Lênio Streck em STRECK, *Verdade...*, op. cit., p. 184.

prévio”.¹⁴⁷

Pois é um discurso de justificação já pronto *a priori*, esperando apenas ser aplicado aos fatos no caso (ou aplicado ao caso), ainda que formado discursivamente e em um debate referente ao caso.

Se o que basta para a correção da resposta é a sua adequação às condições procedimentais de comunicação, então qualquer resposta que seja consensualmente aceita como adequada será considerada correta. Desloca-se o heroísmo e a onipotência de Hércules do trabalho sobre o conteúdo (Dworkin) para o trabalho sobre os pressupostos das condições ideais de fala (Habermas), ambas as tarefas são ideais e irrealizáveis na vida fenomênica, ainda que aquela se ocupe em formar uma teoria substancial do direito aliada à moral, enquanto esta leva a novos graus de sofisticação os conteúdos da democracia procedimental. Sim, porque sempre existe algum grau conteudístico mesmo nas formulações estritamente procedimentais, pois estas dependem de certos conteúdos fundamentais inerentes à teoria constitucional pressuposta, o que não descaracteriza a sua natureza (predominantemente) formal e procedimental.

Nesta quadra, para avançar mais um passo na análise, é pertinente ressaltar a concepção de Habermas relativa à coerência do ordenamento e, concomitantemente, à própria configuração do mesmo e de cada norma jurídica “individualizada”, segundo a qual

[...] se toda norma válida está necessitada de ser complementada coerentemente por todas as demais normas aplicáveis a uma situação, seu significado se modifica em toda situação. Desta maneira, dependemos da história, dado que é somente esta última que produz para nós as *situações imprevisíveis* que nos forçam a uma interpretação – *distinta em cada vez* – de todas as normas válidas (grifo nosso).¹⁴⁸

História, aqui, correndo o risco de errar a percepção em relação ao pensamento do autor, pode ser entendida como o conjunto de elementos fáticos e/ou extravagantes dos textos de normas e que co-determinam a decisão participando relevantemente da estrutura da norma. Se a norma jurídica é realmente distinta em cada vez, já que a sua historicidade a torna irreconciliável com os padrões normativos anteriormente estabelecidos, merecendo cada caso uma

¹⁴⁷ Ibid.

originalidade normativa que necessariamente o distingue de todos os demais casos existentes, passados, presentes e futuros, desfaz-se, desde já, a profissão de fé na distinção entre os discursos de fundamentação – os quais formatam *a priori* as normas a partir de um ideal de norma perfeita a ser aplicada futuramente – e os discursos de aplicação. Ressalte-se que, ainda que se discorde da tese da necessidade da originalidade normativa em cada caso individual, é possível e mesmo axiomáticamente desejável que, a partir de outra percepção, que será adiante exposta, também sejam diluídas as fronteiras que pretendem separar os discursos de fundamentação e de aplicação. Isto é, a concepção de que, sob determinados pressupostos, dois ou mais casos concretos podem ser resolvidos pela mesma norma não apresenta como consequência necessária a aceitação da distinção entre fundamentação e aplicação (já antecipando parcialmente a linha de orientação que será posteriormente defendida). A historicidade acachapante que exigiria uma nova e original decisão em cada caso, diferente de todas as outras, torna incoerente a afirmativa de que os pontos de vista morais e/ou jurídicos (formadores do direito) pré-estabelecidos permaneceriam fixos e inalterados, enquanto os casos a serem decididos exigiriam múltiplas e variadas decisões, cada um com uma norma diferente para cada caso.

5.5 O DIREITO TEM CARÁTER ALOGRÁFICO?

Eros Roberto Grau considera que interpretar é *compreender* somado a *reformular ou reexprimir sob forma nova*, de maneira que a interpretação *mostra algo* por meio de uma operação de *mediação* que consiste em transformar uma expressão em outra, visando-se a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica, partindo-se dos *significantes* (os enunciados) aos *significados*.¹⁴⁹

Grau desenvolve uma distinção entre dois tipos diferentes de expressão artística: o das artes autográficas e o das artes alográficas. As artes autográficas seriam aquelas em que o autor contribui sozinho para a realização da obra, sem o concurso de terceiros, como seriam os exemplos da pintura e da literatura. Já as

¹⁴⁸ HABERMAS apud STRECK, *Verdade...*, op. cit., p. 189.

¹⁴⁹ GRAU, op. cit., p. 81.

artes alográficas seriam as que apenas podem acontecer, apenas podem ser completadas, com a participação de, no mínimo, dois personagens: o autor e o intérprete, como são os casos da música e do teatro, em que o compositor e o escritor escrevem a partitura ou a peça, mas essas apenas se realizam com a ação dos músicos e dos atores intérpretes (sem considerar as demais pessoas envolvidas, como o diretor, o cenógrafo, etc.). Em ambos os tipos de arte, autográficas e alográficas, sempre existe a necessidade do trabalho de interpretação a ser desempenhado pela audiência, pelos destinatários das obras artísticas. E aqui se chega à distinção básica pretendida: nas artes *autográficas*, a interpretação compreende apenas a *compreensão* pela pessoa que se dispõe a apreciar a obra, sem mediações; nas artes *alográficas*, é imprescindível somar-se à *compreensão* a *reprodução* feita por um intérprete (o músico ou ator, por exemplo), ainda que essa reprodução implique uma nova forma de expressão.¹⁵⁰

Percebe-se que o autor se prende ao conceito positivista de interpretação como reprodução de sentido – aliás, o mesmo declara abertamente que:

[...] se entendermos que o acatamento aos princípios da legalidade e do devido processo legal se encontra na raiz do positivismo, a exposição que desenvolvo a seguir haverá de ser tida, ainda, como expressão de um positivismo, um positivismo adequado aos particularismos da realidade social.¹⁵¹

Eis a honestidade intelectual de um autor que se vê ainda como um positivista, mesmo que tenha introduzido em seu discurso diversos elementos de teorias que pretendem ultrapassá-lo, o que reforça a impressão (ou constatação) de que algumas elaborações engenhosas de teorias da argumentação e de ponderação de princípios não rompem com o passado positivista nos quais ainda são imersos,¹⁵² mas sim empreendem um modelo – o modelo de “princípios” – que apenas entraria em pauta depois de esgotadas as possibilidades do silogismo formal (os “casos fáceis”), sendo uma espécie de “reserva hermenêutica” aplicável para os supostos “casos difíceis”.

O caráter alográfico do direito, em Grau, significa que a norma jurídica só é completada pelo trabalho reprodutor do intérprete, em que este confere nova forma

¹⁵⁰ GRAU, op. cit., p. 81-82.

¹⁵¹ Ibid., p. 67.

¹⁵² Da mesma maneira, os antipositivismos sociológicos ou decisionistas também não lograram avançar a discussão científica no direito.

de expressão (reexpressão) à linguagem previamente expressa. O intérprete compreende e reproduz, mediando o caráter geral do texto e a particularidade do caso, operando a inserção do texto na vida.¹⁵³ Conforme aos modelos positivistas, a reexpressão interpretativa não significa que o decisor crie a norma: ele não a cria a partir do nada, ele apenas a reproduz.¹⁵⁴ Em uma visão a partir da Teoria Estruturante do Direito, poder-se-ia concordar plenamente com a assertiva de que o decisor *não* cria a norma *ex nihilo* – o que significa principalmente que ele não tem liberdade para fazer o que quiser e que o direito não se reduz àquilo que os juízes dizem que ele é; em termos bem diretos: o Estado Democrático de Direito não se compadece com a discricionariedade hermenêutica. No entanto, o trabalho do intérprete não pode ser concebido como reproduzidor de sentido, pois o seu aporte conteudístico não é de tipo simplesmente reproduzidor ou de qualquer maneira descobridor de algum conteúdo prévio. O conteúdo não estava lá pronto para ser reproduzido ou descoberto, razão pela qual se deve perguntar pela estrutura da norma elaborada e pela sua coerência no que se refere ao ordenamento e aos preceitos democráticos e, mais especificamente, aos constitucionais que vinculam a atividade do decisor.

Müller, citado por Grau, e como já se expôs anteriormente, afirma que os textos de norma não possuem significações inerentes e nem sentidos prévios. E isso é assim porque a linguagem não possui significado desconectada de algum caso concreto real ou hipotético. Daí ser contraditório, e contrário à Teoria Estruturante do Direito, dizer-se que a norma encontra-se já involucrada no texto, esperando para ser “desnudada” pelo intérprete.¹⁵⁵ Quando Müller aponta os textos como vinculadores materiais e limitadores da atividade do intérprete, não está em momento algum defendendo a existência de uma “moldura limitadora das possibilidades legais e legítimas da correta concretização do direito”,¹⁵⁶ afirmação que faria sua teoria retornar a concepções pré-pós-positivistas.

Se não existe sentido *a priori*, se a atividade de interpretação é incidível da aplicação (aplicação e interpretação não apenas são concomitantes como não são metodicamente diferenciáveis), se apenas com o aporte dos dados da realidade é

¹⁵³ Ibid., p. 83.

¹⁵⁴ Ibid., p. 86.

¹⁵⁵ GRAU, op. cit., p. 87.

que passa a linguagem a ter algum sentido, não existe moldura alguma a ser preenchida ou com função limitadora. O único momento em que se poderia vislumbrar uma “moldura” seria *após* o trabalho hermenêutico, mas então já não seria exatamente uma moldura, mas sim uma estrutura normativa mais precisa e operacionalizável, o que torna a figura da moldura inadequada e equívoca.

A partir da noção de que o direito é alográfico e o trabalho hermenêutico reexpressador de sentido, Grau elabora a metáfora da Vênus de Milo. Imagine-se que sejam entregues blocos de mármore iguais entre si a três escultores, e a cada um deles seja determinado que faça uma escultura da famosa Vênus de Milo. Quando os três tiverem terminado os respectivos trabalhos, terão sido esculpidas três Vênus de Milo perfeitamente identificáveis como tais, embora certamente com diferenças entre si. Quem sabe uma delas possuirá uma curvatura do ombro mais acentuada, outra terá detalhes ressaltados no cabelo e a outra poderá ter as maçãs do rosto mais redondas. Apesar das sutilezas que as diferenciam, causadas pela percepção do artista ou pelas suas próprias limitações, serão as esculturas, definitivamente, três Vênus de Milo, *nenhuma Vitória de Samotrácia*. Cada um dos escultores terá “produzido” uma Vênus de Milo, sem liberdade criativa para, ao seu gosto e estilo, produzir as figuras que considerassem mais inspiradas, adequadas, perfeitas ou relevantes – o princípio de existência dessas três Vênus de Milo não está neles. Eles não criaram (*ex nihilo*) a Vênus de Milo, apenas a reexpressaram conforme o modelo original. A afirmação do caráter alográfico do direito resultaria em que diferentes intérpretes produzem – assim como os escultores produzem diferentes Vênus de Milo –, a partir do mesmo texto de norma, distintas normas jurídicas.¹⁵⁷

A concepção alográfica do direito evidentemente compartilha a idéia de que existem múltiplas respostas igualmente corretas para a resolução de um problema, e, a partir da metáfora, seriam consideradas corretas quaisquer versões da Vênus de Milo que ainda pudessem ser identificadas como sendo a mesma, e seriam erradas as que lembrassem mais uma Vitória Alada de Samotrácia ou uma outra escultura que não o modelo original. Quando uma escultura se distancia do seu modelo o bastante a ponto de não mais ser reconhecida como sendo ela é questão

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ GRAU, op. cit., p. 88.

não esclarecida e certamente não passível de esclarecimento enquanto se concebe o direito como reexpressão do sentido anteriormente involucrado no texto. Outrossim, entre os e para além dos modelos de Vênus de Milo e de Vitória Alada de Samotrácia, cada nova configuração reproduzida ligeiramente diferente se refere a uma escultura já diferente e que, quando tomada na completude dos elementos componentes da sua estrutura, por mais que se pareça com algum modelo anterior, será já *outro* modelo, e não o anterior.

A pluralidade de respostas corretas seria ainda uma conseqüência de a interpretação do e no direito ser uma prudência, um saber prático, cuja “lógica” não seria a da conseqüência, mas sim a da preferência entre interpretações igualmente corretas. A impossibilidade de uma aplicação algorítmica e puramente matemática do direito – já sustentada e afirmada anteriormente – implicaria a inexistência de uma única resposta correta para cada caso, já que a interpretação seria *convencional* e não possuiria nenhum tipo de realidade objetiva com a qual pudesse ser confrontado o seu resultado, desta forma afastada a plausibilidade de procura por uma única interpretação objetivamente verdadeira.¹⁵⁸

As divergências sobre o conteúdo da norma que deve decidir um caso concreto real ou hipotético apresentam-se, dependendo da problematicidade da espécie e da pergunta que se faz, em diversos graus. Nas questões dispositivas, como as questões sobre se uma determinada conduta concreta, com todas as suas circunstâncias, é ou não um crime; se, dada uma conduta, há ou não responsabilidade civil por perdas e danos; ou se, dado um fato real, a pessoa é ou não devedora de um tributo, as divergências hermenêuticas apresentam-se, *prima facie*, como afirmativas ou negativas, ou seja, são diametralmente opostas. Em virtude de diversas concepções diferentes que se possa ter, a margem de divergência transita da afirmação à negação. Após estarem conhecidos e incontroversos os fatos pertinentes e relevantes, alguns dizem que houve crime, que existe dever de indenizar ou de pagar o tributo, e outros dizem *o contrário*. As teorias segundo as quais não existe como se determinar uma resposta que seja correta a essas questões – ou, se preferir, que não existe em si mesmo uma resposta correta –, sendo os conceitos dispositivos, necessariamente admitem que tanto a resposta

¹⁵⁸ ZAGREBELSKY, Giuseppe. *Manuale di diritto costituzionale – I – Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1990. p. 69.

afirmativa quanto a negativa são igualmente corretas. Daí a pluralidade de soluções aceitas como corretas.

O alegado caráter alográfico do direito faria com que as várias interpretações diferentes fossem admissíveis como corretas desde que todas elas fossem ainda reconduzíveis ao modelo-base, fossem ainda reconhecíveis como uma Vênus de Milo. Acontece que em todos os casos problemáticos em que a disputa argumentativa se funda numa contradição entre a afirmação e a negação, asseverar que tanto o sim quanto o não são corretos é o mesmo que afirmar que tanto a Vênus de Milo quanto a Vitória Alada de Samotrácia são corretas. Não se trata de uma nuance ou leve diferença entre o modelo “original” (que é um *a priori* com sentido *a priori*) e o determinado na decisão para o concreto, mas sim a afirmação de um modelo diametralmente oposto.

Se o tipo de divergência entre as hipóteses hermenêuticas pode ser aferida em graus, a repergunta pela questão a partir de outros olhares pode também caminhar mais um passo. *Prima facie*, duas hipóteses de solução que sugerissem igualmente que foi um crime, que se deve pagar uma indenização ou um tributo – duas ou mais respostas positivas (ou negativas) – poderiam, aí sim, ser consideradas como duas Vênus de Milo, apenas com leves sutilezas que as distinguiriam (e aqui a “sutileza” da distinção lembra, em natureza, o mesmo tipo de questão que é posta quando se tenta diferenciar um “caso fácil” de um “caso difícil”, pois a facilidade ou dificuldade de um caso não é nunca um *a priori*, mas sim uma impressão ou constatação contemporânea ao trabalho hermenêutico – o que resultará na impossibilidade de distinção real entre casos fáceis e difíceis). A questão, então, poderia ser colocada sob um novo ângulo, vista mais de perto e mais próximo do detalhe – e a estrutura da norma, para ser completa, precisa ser vista e externalizada em detalhes, no maior grau de detalhe que for possível. E aí a pergunta seria deslocada para a afirmação, ou negação, a respeito justamente da sutil diferença entre as duas Vênus de Milo, entre as duas respostas inicialmente afirmativas, de modo que, a partir de agora, não mais será possível mantê-las ambas igualmente corretas. Afinal, qual é a verdadeira Vênus de Milo, a que tem os seios mais túrgidos ou os menos túrgidos? Apenas uma delas poderá ser a resposta correta, e a outra, por mais parecida que seja, já não será “a” correta, mas sim uma “outra”. Já será, para fins de determinação da resposta correta, uma norma diferente, como a Vitória Alada de Samotrácia ou como a Psiquê Reanimada pelo

Beijo do Amor, será uma outra norma.

Tomado como componente da norma jurídica tudo aquilo que lhe determina a decisão, ou seja, a partir de uma teoria da norma que considere a norma como co-constituída por todos os elementos que lhe imprimem o seu conteúdo, qualquer diferença, qualquer novo elemento, por mais singelo e sutil que seja, quando for metodicamente reconhecido e externalizado como um novo ou outro elemento componente da norma, ausente em outro modelo de norma, será já uma nova norma jurídica, e não mais aquela anterior. Por isso a possibilidade de mais de uma resposta igualmente correta para um problema jurídico não pode advir de um caráter alográfico do direito, mas sim é uma inerência à necessária participação criativa do decisor – ainda que parcial, vinculada e intersubjetivamente – em um processo que é histórico e em alguma medida político.

Além desses aspectos de teoria da norma que infirmam o caráter estritamente alográfico do direito, os desafios postos aos trabalhadores do direito, e marcadamente no direito constitucional, mas não só nele, freqüentemente não são reconhecíveis como sendo meras demandas por réplicas. O que a vida real pede e exige do intérprete é muito mais do que a reconstrução do passado. Não são ordens como: reproduza uma Vênus de Milo, uma Vitória Alada de Samotrácia, ou uma Psiquê Reanimada pelo Beijo do Amor. Não. O direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito ambientado em um cenário que pretende realizar as promessas civilizatórias e emancipatórias da modernidade – ainda que tenham sido superadas as premissas epistemológicas do projeto da modernidade – estabelece ordens do tipo: promova a dignidade da pessoa humana; erradique a pobreza e a marginalização; reduza as desigualdades sociais e regionais; aja de modo que todos gozem (na prática) do direito à igualdade, à educação, à saúde.

Em vez de apresentar uma demanda por uma réplica, o direito constitucional profere a seguinte ordem ao intérprete: *crie uma obra-prima!* A natureza das normas constitucionais exige o momento criativo e político na realização do direito, pois é direito eminentemente político.

5.6 O PERIGO DOS ECLETISMOS METODOLÓGICOS

Não se pode estacar diante da assunção da existência do elemento voluntarista na aplicação do direito, sob pena de ou a teoria render-se ao arbítrio ou

funcionar como mera “desculpa” para camuflar o decisionismo incontrolado. Os ecletismos e os modismos teóricos que inundam constantemente o discurso jurídico em nosso país – os quais chegam em torrentes pelos diversos meios de comunicação em uma sociedade cada vez mais perplexa pelas exigências de “excelência” em que a imagem e a quantidade muitas vezes conta mais do que a qualidade e a autenticidade – correm o risco de trazer mais confusão do que progresso tanto no âmbito científico quanto, e especialmente, na prática. É freqüente dizer-se que a interpretação apenas pode ser feita perante o caso concreto; fala-se bastante em ponderação, proporcionalidade e razoabilidade, habitualmente como lugares-comuns e como imperativos de “bom senso” utilizados incontroladamente e sem coerência metódica; e muitos repetem a expressão mülleriana de que o texto é apenas a “ponta do *iceberg*” sem noção ou conexão com as formulações da teoria estruturante do direito, destorcendo o seu significado, pois o fato de o texto ser apenas a ponta do *iceberg* nem de longe permite que se possa dizer qualquer coisa sobre o mesmo; ao contrário, insere novas exigências de controlabilidade e honestidade metódico-argumentativa.

Carlos Maximiliano diz:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro de adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.¹⁵⁹

Ora, a afirmação daquilo que todos sabem desde sempre, que o juiz *cria* lei; a constatação do subjetivismo interpretativo e do voluntarismo inerente à decisão judicial, não reforçam em nada a controlabilidade e a racionalidade pretendida pelo projeto da modernidade e consentânea com as exigências do Estado Democrático

¹⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 83.

de Direito. Convivem em nosso discurso jurídico as mais diversas teorias cuja síntese ou utilização acrítica ou mesmo simbiótica resultam num caos metódico na práxis que continua, como sempre, a ocultar as razões e a estrutura da decisão e impedem a evolução da ciência jurídica e de sua prática. A afirmação freqüente de que os diversos “métodos”, “princípios” ou “elementos” de interpretação são colocados à livre disposição do intérprete para o trabalho jurídico acarreta um ecletismo teórico e prático freqüentemente contraditório e que, portanto, incorre em erro. O ecletismo metodológico acrítico resulta na transmissão do método em instrumento máximo da subjetividade do decisor. O uso de múltiplos elementos apenas pode fazer sentido se estiverem no contexto de uma teoria que permaneça ainda coerente, o que não confere o grau de liberdade ao trabalhador do direito que muitas vezes é pretendido.

5.7 SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO X DISCURSOS DE APLICAÇÃO (OU INTERPRETAÇÃO X APLICAÇÃO): O SENTIDO DA ESTRUTURA DAS NORMAS JURÍDICAS

O positivismo habitualmente apóia-se na concepção de que existe um conjunto de normas que, metafisicamente – é o ordenamento jurídico *em abstracto* –, pretende abranger toda a realidade da vida. A atividade jurídica poderia ser analiticamente segregada em duas fases distintas (até cronologicamente): primeiro se interpretaria o direito, encontrando a norma; e depois se aplicaria o direito (a norma) ao caso concreto, de acordo com a sua adequação para tal, tradicionalmente estabelecida por meio da relação silogística (pretensamente lógica, no sentido da lógica formal) em que, partindo-se da premissa maior (resultado da interpretação), e uma vez selecionados os fatos relevantes, traduzidos em linguagem (premissa menor), a conclusão seria deduzida por subsunção.

Algumas expoentes teorias procedimentais prosseguem estabelecendo uma diferença assemelhada entre esses momentos da atividade do trabalhador do direito. Habermas baseia-se principalmente em Klaus Günther, para quem existe diferença essencial entre a *fundamentação* e a *aplicação* de uma norma. O discurso de *fundamentação* volta-se para a validade da norma (a validade de sua pertinência ao direito) e o discurso de *aplicação* refere-se à adequação da norma a uma dada situação fática (a validade da aplicação). A atividade de fundamentação seria realizada obrigatoriamente independente de qualquer caso concreto e dissociada,

portanto, do mundo fenomênico, sendo sempre um discurso anterior ao trabalho de efetiva resolução do caso (que já seria uma aplicação baseada na adequação da fundamentação à espécie). A fundamentação seria feita em “abstrato” e *a priori*, e seria duplamente relativa, pois caracterizada pela (a) limitação do conhecimento dos participantes, já que não se poderiam antecipar todas as múltiplas situações concretas possíveis; e (b) pela mutabilidade dos interesses relacionados às situações futuras. A dupla relatividade quanto ao conhecimento e aos interesses determina que as normas só poderiam ser justificadas *prima facie*.¹⁶⁰ Já

[...] o discurso de aplicação complementa o de fundamentação ao acrescer a completude das circunstâncias, no caso concreto o discurso de aplicação faz com que obliquamente se alcance o ideal da norma perfeita, permitindo a renúncia daquela idealização de saber e tempo ilimitados no âmbito da fundamentação.¹⁶¹ Ou seja, a coerência do sistema é recuperada no domínio de sua aplicação, de tal forma que a razão prática não se contradiz.”¹⁶²

Porém Robert Alexy, apesar de aceitar, inicialmente, que se possa distinguir a *fundamentação* de uma norma de sua *aplicação*, discorda que a isto corresponda, como pretendem Habermas e Günther, a existência de dois discursos totalmente diferentes e separados.

Para Alexy, esta distinção não é essencial, uma vez que cada *discurso de aplicação* contém obrigatoriamente um *discurso de fundamentação*, o que é consequência da adoção de uma práxis decisória universalista (*universalistische Entscheidungspraxis*). Abdicar disso significa renunciar à mais importante exigência da racionalidade prática. A uniformização do Direito, no sentido de uma práxis decisória universalista, somente é possível se, por ocasião da decisão de um caso individual, forem construídas regras com a força dos precedentes. Estas regras têm, porém, o caráter de normas relativamente concretas e são por isso não só capazes de justificação como necessitadas (*bedürftig*) de justificação. Com isso cada discurso de aplicação do direito inclui um discurso de justificação.¹⁶³

Apesar da permanência renitente, no discurso e na práxis jurídicas, da concepção de separação entre justificação ou interpretação, como primeiro passo, e

¹⁶⁰ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 7, n. 9, p. 97-99, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/FernandoGalvao.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2008.

¹⁶¹ Cf. GÜNTHER apud DUTRA, op. cit., p. 25.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ FERREIRA, op. cit., p. 96.

aplicação, como etapa posterior, caudatária da cultura manualesca e reificadora da dogmática que (ainda) predomina, caminha a passos largos a aceitação doutrinária de que é impossível segregar-se os dois aspectos, ainda que freqüentemente a incorporação da concepção “não-segregacionista” ao discurso e à prática aconteça de maneira “destacada” dos demais aspectos de teoria da norma que são conseqüências necessárias da sua adoção, o que resulta em ecletismos metódicos concebidos mais ou menos acriticamente. Não é difícil encontrar quem sustente a unidade do fenômeno hermenêutico da interpretação/aplicação, mas não é fácil (para ninguém) a partir daí avançar na concepção de um modelo epistemologicamente adequado e realmente coerente em todos os seus elementos componentes.

O direito se distingue e se caracteriza pela sua normatividade. A especificidade do direito enquanto ciência jurídica reside justamente em que sua normatividade é sempre referida ao caso concreto, real ou hipotético. A partir do novo paradigma que não mais opõe dualística e metafisicamente a norma e o fato, o dever-ser e o ser, não faz mais qualquer sentido pensar-se um sem o outro. A norma só existe *no* fato, na realidade real ou imaginada. Por isso, o direito não pode jamais existir *in abstracto*, como se houvesse um “mundo jurídico” anterior ao funcionamento do próprio ordenamento. O direito só existe por meio do seu funcionamento, é uma dinâmica, assim como o texto legislado é em si simplesmente um evento, um fato.

O que preexiste ao trabalho decisório é um repertório de elementos lingüísticos referidos a textos de norma, a decisões anteriores e a exposições sobre o direito, provindas da ciência jurídica, da política, das ciências sociais e das demais ciências e formas de pensamento, os quais vão influenciar de diferentes maneiras a formação do direito, em sua dinâmica, a partir da vinculação material às fontes estabelecidas segundo o Estado Democrático de Direito.

Porém, *prima facie*, a norma jurídica não preexiste ao caso, ainda que possa sim eventualmente preexistir a ele, desde que o novo caso possua a totalidade de seus elementos metodicamente identificáveis e incluídos linguisticamente na estrutura da norma jurídica preexistente, idêntica à aplicada no caso anterior, ou seja, quando houver dois casos metodicamente iguais – o que *não* remete de volta à questão da adequação de alguma “aplicação” do discurso de justificação anterior.

A historicidade inevitável do fazer do trabalho jurídico não afasta a exigência

de tratamento igual a situações integralmente iguais, em todos os seus aspectos, exceto se for decidido que o tratamento anterior foi errado (o que, por si só, já agrega em si um novo elemento, o qual determina que a decisão anterior foi errada). Também, e no mesmo diapasão, a singularidade não-repetível de cada situação da vida não implica a criação de uma norma jurídica nova e específica a cada novo caso. Mesmo os mais altos graus de exigência em termos de exposição estruturada linguisticamente dos elementos componentes da norma (programa normativo e âmbito normativo) apontarão em algum grau de redução e/ou simplificação do fenômeno da vida – o que operacionaliza e torna efetivamente realizável o trabalho decisório –, de maneira que existem casos idênticos em tudo, o que é metodicamente relevante, pertinente e diferenciável; e os casos iguais devem ser decididos pela mesma norma jurídica.

Essa é a exigência de coerência imposta por um axioma de justiça, no sentido de igualdade, inerente à teoria do Estado Democrático de Direito que se adota.

Aquilo que fica de fora da estrutura da norma, seja porque inacessível, seja porque irrelevante, ainda que exista e, em sua existência, diferencie historicamente o caso, tornando-o único e não-repetível, não compõe juridicamente a norma e, alijada desses elementos que “ficam de fora”, o caso concreto é repetível. Por essa razão, a norma jurídica, composta pelo programa da norma e pelo âmbito da norma, permanece uma norma geral concretizável *em todos os casos como o paradigmático*, ainda que não a partir de um juízo causal e subsuntivo de adequação, razão pela qual é substituída a palavra “aplicável” por “concretizável”, buscando-se denotar a atualidade dinâmica do processo hermenêutico.

O procedimento progressivo de concreção manejado pelo trabalhador do direito caminha a partir de dados brutos sobre o direito (incluídos os elementos conhecidos como “metajurídicos” pela tradição) e sobre o caso (em alguma medida indiferenciados) até a concreção de uma norma jurídica que é ainda uma norma geral. Só então acontece o momento posterior e culminante em que é posta a norma jurídica individual e concreta que decide o caso – momento este que não pode ser compreendido como aplicação do modelo estabelecido *a priori*, sob pena de desvirtuar todo o trabalho empreendido. A popular formulação de que “cada caso é um caso” habitualmente esconde uma discricionariedade incontrolada. Subindo-se mais um nível na escala de estruturação da norma jurídica, quando dois casos forem

em tudo (aparentemente) idênticos, e houver elementos que determinem o erro na decisão anterior – exigindo uma viragem jurisprudencial –, a inclusão desses novos elementos, agora considerados determinantes (cogitados anteriormente, ou não), já é em si um novo elemento que faz com que o novo caso seja diferenciável do anterior a partir da perspectiva hermenêutica trazida por esse elemento. Isso faz com que o aspecto evolutivo do desenvolvimento do ordenamento jurídico ao longo do tempo tenha na própria historicidade, em sua complexidade apreensível, um ou mais componentes estruturados da norma jurídica e partes integrantes da determinação da viragem hermenêutica.

Sem exceções, jamais a interpretação está dissociada da aplicação. Por essa razão, a própria noção de hermenêutica jurídica como teoria da interpretação passa a ser superada e apenas compreensível a partir de um novo conteúdo.

Hermenêutica não é interpretação, mas sim *realização* do direito.

Se interpretação e aplicação não existem separadas, mas apenas *fundidas* no mesmo instante e no mesmo horizonte, não há mais sentido em trabalhar com as próprias categorias distintas da interpretação e da aplicação. Não é que a interpretação e a aplicação, categorias diferentes, acontecem simultaneamente. Não. Elas não existem *per se*, elas são *um só movimento* dinâmico no trabalho jurídico. Existem em uma *fusão indistinta*. Daí a substituição das expressões tradicionais (interpretação e aplicação) pela noção unificadora de *concretização* do direito, ou de *construção* do direito, como elaboração estruturada e vinculada em um processo progressivo e dinâmico.¹⁶⁴

A coisificação dos textos de lei e dos próprios chamados “discursos de justificação”, que nada mais são do que conceitos jurídicos universalizantes, ainda que relativizados em razão da insuficiência “quantitativa” do conhecimento anterior ao fato, determina o abandono da própria positividade historicamente fixada, pois apenas pode ser considerado positivo aquilo que efetivamente tem normatividade – a norma jurídica construída para o caso concreto –, e não uma entidade abstrata e

¹⁶⁴ Ambas as expressões “construção” e “concretização”, mas especialmente esta, são utilizadas com outros sentidos e a partir de outros paradigmas, inclusive alguns ecléticos, nas gramáticas jurídicas que transitam em nosso país. Por isso a opção pela manutenção da utilização da expressão “hermenêutica”, pois a compreensão mais exata do seu significado exige a apreensão mais global (e contínua) do novo paradigma, e não uma rápida e acrítica substituição de palavras, como se a vocalização de “construção” ou “concretização” tivesse o condão de aperfeiçoar as coisas. Quer-se evitar o que acontece freqüentemente: altera-se o nome para não se mudar nada.

metafísica prévia (o “mundo jurídico”) e pronta para “incidir” sobre o mundo real.

Compreender é já aplicar, ainda que a compreensão possa evoluir, e se alterar, de acordo com o desenvolvimento do trabalho jurídico, em que o trabalhador do direito progressivamente desenvolve a estrutura da norma jurídica para, então, chegar-se à norma individual de decisão. Entre o instante inicial e o momento em que se toma a decisão – e o direito, diferentemente da moral, exige a existência de um tempo determinado para a adoção da solução e a proibição do *non liquet* –, o decididor certamente pode mudar a sua compreensão, justamente em razão da utilização das ferramentas metodologicamente disponíveis para o trabalho jurídico. Mas, ainda aí, antes, durante e no momento crucial em que se estabelece a decisão, a compreensão é sempre continuamente a própria aplicação do direito, pois o *sentido conteudístico é sempre contemporâneo do estágio de compreensão em que se encontra o intérprete – compreensão e aplicação são indissociáveis*.

Em abordagem lúcida, Recaséns Siches afirma que:

Deve-se sepultar definitivamente a errônea idéia, hoje já descartada, mas que prevaleceu durante mais de dois séculos, da mal chamada *aplicação* do Direito. O Direito positivo não é o contido na constituição, nas leis, nos regulamentos, etc., já preconfigurado, já concluído, já pronto para ser *aplicado*. O processo de criação ou de produção da ordem jurídica positiva vai desde o ato constituinte, através da constituição, das leis, dos regulamentos, etc., até a norma individualizada na sentença judicial ou na decisão administrativa, *sem solução de continuidade*.

O que equivocadamente chamou-se de *aplicação do Direito* não é algo que sobrevenha a uma norma depois que ela foi editada, antes é parte integrante do Direito mesmo, que se torna patente pela individualização levada a cabo pelos órgãos jurisdicionais. E é uma parte que efetivamente ele é se conhecermos o modo como ele opera e os efeitos que produz nas vidas humanas. Uma norma jurídica é aquilo que ela *faz*.¹⁶⁵

O pensar a partir de um inatingível “ideal de norma perfeita”, que é uma categoria com a qual trabalham as teorias discursivas – sendo a situação em que o saber do trabalhador do direito abrangeria todos os casos de aplicação de um texto , ainda que seja reconhecido como sendo apenas uma hipótese ideal e não algo verificável no mundo real, demonstra o caráter causalista-explicativo inerente a qualquer concepção que pretenda separar a fundamentação/justificação da

¹⁶⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. Mexico: FCE/UNAM, 1971. p. 521.

aplicação. Ainda que pretendam superar as formulações mecânicas lógico-formais do positivismo, permanecem reféns de um projeto de índole lógico-dedutiva em que os discursos de aplicação acontecem em função de critérios de adequabilidade cuja natureza é subsuntiva.

Interessante trazer à colação, ainda que sem adentrar diretamente na questão específica, que até mesmo Emanuel Kant reconhecia a incindibilidade do ato hermenêutico, conforme relata Habermas:

Sigo Klaus Günther na distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação enquanto passos distintos e necessários que levam a afirmações morais ou jurídicas singulares em situações de conflito. Penso que essa seqüência nos mantém longe das conhecidas dificuldades da abordagem kantiana, que infelizmente junta num passo a justificação e a aplicação das normas morais.¹⁶⁶

Diversas teorias, especialmente no campo das teorias discursivas e da argumentação, deslocaram a problematidade da fundamentação racional da decisão da esfera da *demonstração* para a da *justificação*. A norma deveria ser justificada pelos argumentos, e não simplesmente demonstrada ou reproduzida. O aprofundamento da controlabilidade racional exigiria até mesmo uma *justificação da justificação* – pleonasma que demonstra a insuficiência paradigmática do modelo de norma jurídica provido, em último lugar, pela teoria pressuposta.

O novo paradigma aportado pela Teoria Estruturante do Direito, de base indutiva e analítica, empreende mais um passo: a norma não é objeto nem de demonstração nem de justificação, mas sim de *construção* (ou de *concretização*). Mas essas expressões, ambíguas, como não poderiam deixar de ser, são usadas aqui não no sentido de simples individualização ou de qualquer tipo de subsunção ou juízo de adequação, mas a partir da visão estruturada do programa e do âmbito da norma em que a norma é abrangente dos elementos provindos de ambos e não mais estacada diante de uma tensão dever-ser/ser, direito/realidade.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 24-25.

5.8 DIREITOS NÃO SÃO PRINCÍPIOS E A IRRACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO

É lugar-comum no seio de muitas das diversas teorias auto ou heterodenominadas “neoconstitucionalistas”, e freqüentemente assimiladas a algum “pós-positivismo”, a afirmação de que o direito seria um “sistema aberto” composto de princípios e regras que poderia ser compreendido como uma “ordem objetiva de valores” – a “normatividade dos princípios”. Esse discurso majoritário impôs-se em nossas terras a partir da democratização promovida pelo processo constituinte de 1987-88 e, de alguma maneira, reflete uma nova postura de tentativa de superação do formalismo legalista e de colocação da constituição no centro do sistema jurídico, com a revalorização da própria idéia de direito e de direito público, a despeito do refluxo neoliberal que fortemente convive com e descaracteriza a própria constituição em sua realização. Se é certo que houve avanços institucionais e sociais dignos da maior consideração, é também nítido o grande déficit de concretização que sofre a Constituição Federal de 1988 e o crônico desrespeito ao direito constitucional e às conquistas civilizatórias e emancipatórias que ele representa e que não deveria apenas simbolizar, mas sim realizar.

O principialismo ingressou na discussão brasileira especialmente por meio do pensamento de Ronald Dworkin, o qual considera que o positivismo funciona como um modelo de e para um sistema de regras baseado na noção central de um único teste fundamental de reconhecimento (*pedigree*), enquanto a práxis jurídica trabalha com outros padrões que não funcionariam como as regras, mas sim como princípios, políticas (*policies*)¹⁶⁷ e outros tipos de padrões.¹⁶⁸ A formulação básica da normatividade dos princípios em Dworkin repousa em que a distinção entre os princípios e as regras situa-se no plano lógico. Ambos são conjuntos de padrões que apontam para decisões específicas sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferem na natureza da direção que eles dão. As *regras* são aplicáveis à maneira do “*tudo-ou-nada*”. Se os fatos que uma regra estipula estão dados, ou (a) a regra é válida, e sua resposta deve ser seguida; ou (b) é inválida,

¹⁶⁷ Por vezes traduzida como “diretrizes”.

¹⁶⁸ DWORKIN, *Taking...*, op. cit., p. 22. Segundo o autor, as *policies* normalmente são exigências de melhora nas condições econômicas, políticas ou de algum aspecto social da comunidade (ainda que possam ser negativas, no sentido de preservação do *status quo*), enquanto os princípios são padrões a serem observados, não porque avançam em alguma direção econômica, política ou social, mas como uma exigência de justiça ou de alguma outra dimensão de moralidade.

hipótese em que não contribui em nada com a decisão. As exceções à regra são encontráveis no próprio ordenamento e apenas a confirmam. Seria, assim, logicamente possível enunciar-se a regra de forma completa, compreendendo a regra e todas as suas exceções, ainda que a tarefa seja complexa e hercúlea.¹⁶⁹ J

Já os *princípios* operam de maneira qualitativamente diferente, pois mesmo aqueles que se aparentam mais com as regras não estabelecem conseqüências jurídicas que se aplicam automaticamente quando as condições determinadas estão presentes. Os princípios são estabelecidos de forma que *a aplicação de um princípio não exclui a aplicação de outro princípio*, razão pela qual os princípios têm uma dimensão de “*peso*” ou “*importância*” e, quando entram em conflito, o decididor deve levar em consideração o *peso relativo* de cada princípio envolvido na resolução do caso. Se duas regras conflitam, uma não pode ser válida, conforme o esquema do “*tudo-ou-nada*”. Os princípios em conflito devem ser *ponderados* no caso a ser decidido, por meio de suas dimensões de peso para o caso, e a prevalência de um sobre outro não significa a invalidade do princípio que não prevaleceu.¹⁷⁰

Robert Alexy considera que as regras funcionam como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem e nem devem ser ponderadas, pois instituem obrigações absolutas, já que não superáveis por normas contrapostas (apenas podem ou ser executadas ou não ser executadas). Os princípios, por outro giro, instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes,¹⁷¹ e funcionam como mandados de otimização que podem ser realizados em graus diversos e cuja medida de sua execução depende das possibilidades jurídicas (do caso) – pretendendo realizar-se da forma mais ampla possível –, sendo o campo de possibilidades delimitado pelos princípios contrários.¹⁷² A ponderação seria o modo típico da sua “*aplicação*”. Segundo o autor:

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas

¹⁶⁹ Ibid., p. 24.

¹⁷⁰ DWORKIN, *Taking...*, op. cit, p. 25, 28 passim.

¹⁷¹ ALEXY apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36.

¹⁷² ALEXY, 1980 apud MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 154.

como princípios deve chegar a ponderações. *A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação* (grifo nosso).¹⁷³

Conforme destaca Ana Paula de Barcellos, em vez de circunscrever a ponderação ao modo de funcionamento dos chamados “princípios”, a “ponderação” é ainda largamente utilizada como (a) um modo de solucionar *qualquer tipo de conflito entre normas*, seja este relacionado ou não com a incidência de princípios – como freqüentemente se vê na prática das decisões judiciais que adotam a “ponderação” como técnica geral de balanceamento ou sopesamento dos diversos “elementos em conflito” para o atingimento da solução “mais adequada” “no caso concreto”; e (b) como uma “atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.)”, sendo a ponderação identificada “com a atividade de interpretação jurídica como um todo”.¹⁷⁴

A teoria estruturante do direito é incompatível com qualquer teoria que comine um caráter estritamente principiológico aos direitos, ainda que aos direitos fundamentais (considerando que os adeptos das teorias dos princípios interseccionam-se na consideração de que os direitos fundamentais têm “natureza” de princípios). Müller critica veementemente a dissolução dos direitos fundamentais em meros princípios ou a sua concepção como valores, assim como o recurso ao procedimento fluido e praticamente incontrolável da ponderação.¹⁷⁵ A idéia de princípio, para Müller, introduz um conceito estreito e platônico da regra de linguagem, e o exame acurado do conceito de regra de linguagem e a respeito da sua colocação em funcionamento como momento da prática semântica do jogo de linguagem jurídica revelam que a problemática que Alexy apreende sob o aspecto de uma ponderação de valores desconectados das normas representa, na realidade,

¹⁷³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, 1999. p. 75.

¹⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 27.

¹⁷⁵ MÜLLER, *Discours...*, op. cit., p. 154-155 passim. O fato de existir um inegável aspecto valorativo na realização prática do direito, o que não é colocado em disputa, não permite que os direitos fundamentais sejam vistos como simples remissão a valores de qualquer gênero, assim como a constituição não empreende nenhuma “escala” de valores que fossem compartilhados pela comunidade.

a discussão no quadro da interpretação sistemática dos direitos fundamentais positivados em uma constituição.

Se, ao contrário, o esquema de ponderação em Alexy for um recurso a alguma pretendida ordem objetiva de valores para fundar racionalmente as decisões, então a teoria da ponderação apenas contribui nesse aspecto à dissimulação dos déficits de fundamentação racional.¹⁷⁶

A exigência de ponderação ou (a) pode ser remetida a etapas estruturadas do processo de concretização jurídica, restando, assim, uma noção inútil e descartável; ou (b) acaba por escamotear o decisionismo subjetivista e incontrolável, ou seja, é apenas capaz de camuflar a ausência ou a impertinência do raciocínio empregado na resolução do caso.

Desde a expressão de que “cada caso é um caso” até as exortações à “dignidade da pessoa humana” (segundo o modelo: decido assim em homenagem à dignidade da pessoa humana, fim.), pseudo-fundamentos imbatíveis argumentativamente – pois estes não se expõem (mais) à crítica dialética do raciocínio argumentativo estruturado; ou seja, imbatíveis porque “encerram” e “fecham” a discussão sem que possam ser contestados, valem por si sós, solipsistamente – representam mera “desculpa” para emoldurar a decisão. Do direito alemão, podemos retirar as expressões “valores superiores da civilização ocidental”, “interesse da comunidade”, “interesses da ordem jurídica”, no caso de boicotes, os “interesses de quem o convoca”; quanto à guerra fria, “os interesses da coletividade no evitar negócios entre leste e oeste”; os “interesses vitais do povo”.¹⁷⁷

O eventual maior rebuscamento da formulação lingüística não empreende, por si só, a tarefa de racionalizar a “ponderação” efetuada, sendo certo que, por outro lado, a refutação da ponderação enquanto instrumental adequado para o trabalho jurídico não implica a incorreção de qualquer decisão tomada alegadamente sob a sua égide. À semelhança da utilização pretensamente silogística dos cânones da tradição, o resultado da ponderação *pode* coincidir com a solução que seria dada por meio de uma maior racionalização controlável.

¹⁷⁶ Ibid., p. 155.

¹⁷⁷ Exemplos citados por BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137, baseado em MÜLLER, Friedrich. Richterrecht, p. 53-54; WEICK, Günter. Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, e MÜLLER, Friedrich. Die positivitàt der

É de se criticar, ainda, que o paradigma da ponderação permanece preso ao esquema sujeito-objeto silogístico-subsuntivo em dois níveis: a ponderação é vista como “alternativa à subsunção”, isto é, recorrer-se-á à ponderação “quando não for possível reduzir um conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”.¹⁷⁸ E, nesse sentido, ela é habitualmente vista como uma simples forma de se encontrar uma nova premissa maior, como aborda Luis Prieto Sanchís:

Pero si antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, después de ponderar creo que aparece de nuevo la exigencia de subsunción. Y ello es así porque, como se verá, la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, reuniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción.¹⁷⁹

Sob a ótica da teoria estruturante do direito, o elemento axiológico possui um sentido mais preciso e sujeito a controle, inserido no processo de concretização estruturada e composito, assim, as etapas metódicas na direção da decisão. Não se presta a ponderações em abstrato e nunca pode ser apoiado em alguma escala hierárquica de valores. As valorações empreendidas pelo trabalhador do direito terão, em Müller, o papel de participar, como elementos individualizáveis e operacionalizáveis, na conformação do âmbito normativo, o que se procede na sua relação com o programa normativo.¹⁸⁰⁻¹⁸¹ A ciência jurídica não prescinde de

Grundrechte, p. 53, respectivamente.

¹⁷⁸ “Isso é o que ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias. Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso”, BARCELLOS, op. cit., p. 31-32.

¹⁷⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 145.

¹⁸⁰ Rodrigo Meyer Bornholdt explica que “é por meio delas [as valorações] que o programa da norma constrói o âmbito normativo. Porém, sua função se encerra aqui: servem apenas para a seleção e ordenação dos critérios materiais que comporão a estrutura do âmbito normativo.” BORNHOLDT, op. cit., p. 139-140.

¹⁸¹ Friedrich Müller diz: “Essa ponderação não é um instrumento metodológico geral. Ela não deve tomar o lugar dos tipos reconhecidos de interpretação; ela não deve desbancar as interpretações gramatical, sistemática, histórica, teleológica, etc. Seu papel é bem mais restrito; e, além disso, ela não pode nunca, no interior de uma mesma codificação, adotar a orientação de que uma das previsões ‘ponderadas’ venha a ocupar uma posição de **superioridade** em relação às outras previsões normativas.

Essas possuem um âmbito normativo; são, dessa forma, absolutamente materiais – isso a doutrina não pode reconhecer, na medida em que ela continue sendo positivista. Nenhuma das

valorações assim como de decisões. A exigência de objetividade na perspectiva possível no direito não determina a eliminação, mas sim a revelação consciente e refletida (na maior medida possível) das valorações inevitavelmente empreendidas no processo decisório – o aspecto axiológico é uma inerência que não deve ser escamoteada. Essa a razão pela qual são utilizados no processo diversos elementos hermenêuticos que fornecessem pontos de vista auxiliares, limitadamente racionalizadores, devendo estar, os seus limites, gradual e progressivamente esclarecidos e externalizados. Em vez de se proceder a alguma “ponderação de bens e valores”, deve-se caminhar no sentido da dogmática racional da estrutura da norma jurídica (programas normativos e âmbitos normativos).

5.9 A NATUREZA POLÍTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A fundação de uma constituição é resultado da parcial superação (qualitativa) do conflito real entre as forças sociais que se expressam no campo político. Sua instituição ao mesmo tempo pressupõe e determina a unidade política do povo, já que esta não é jamais uma “obra” acabada e estática, da mesma maneira que o poder constituinte gerador da unidade não se exaure com a positivação da constituição – a política não é “coisa ultrapassada” pela e para a constituição e o direito constitucional. Em sentido diametralmente oposto, a ideologia liberal em todos os tempos, e desde a própria afirmação da constituição enquanto norma hierarquicamente suprema, a-histórica e pretensamente eterna, porém marginal e menor no sistema jurídico e restrita à limitação do poder estatal – o centro das relações interpessoais e das coletividades (estas tornadas invisíveis) estava e está (para os diversos liberalismos) no direito privado –, *exclui* do direito constitucional qualquer noção de povo que o considere uma categoria real e concreta.

Sob a égide de uma epistemologia metafísica universalista, ainda que eventual e finalmente pós-naturalista, isto é, positivista, procedeu-se à separação tão

previsões colidentes pode ser “empurrada para debaixo da mesa” — pois elas são direito válido, e a previsão “vencedora” não ocupa uma posição superior.

Deve-se produzir um balanceamento *proporcional* onde não basta a delimitação dogmática — mas lá também apenas como *ultima ratio*. Assim se defende a *normatividade* da Constituição *válida* como um todo.” MÜLLER, Friedrich. Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. 2008. (Conferência de Abertura do Conpedi - 2008). p. 7. Disponível em:

radical quanto artificial – assim como irreal e *fora-do-mundo* – entre o direito e as demais categorias sociais, em especial a política. Essa cisão que afasta a política do direito é impregnada em si mesma do mais intenso teor político possível, ao pretender afastar da política as regras de convivência em sua complexidade, dinamicidade e pluralidade. Os problemas da vida passam a ser reduzidos a (pretensamente) ascéticas e lógicas *inevitabilidades* jurídicas. A propriedade privada e o contrato são entronizados como verdades absolutas silogisticamente (assim como outrora “naturalmente”) “incidentes” sobre a multitudinária diversidade de idênticos “homens livres e iguais”.¹⁸² Diante do conflito, não há de se falar em política, não há de se falar em vida: o código resolve, aliás, já resolveu. A resposta está na propriedade e na autonomia privadas. Para o direito público assim fundado, estão fora do direito o povo e o poder constituinte, pois esses não são categorias propriamente “jurídicas”. Nesse contexto institucional medraram as teorias que confinam a hermenêutica constitucional a métodos “exclusivamente jurídicos”, que não apenas enxergam a constituição como se essa fosse uma mera “lei técnica” – como se, ainda que em graus qualitativos e quantitativos (apenas às vezes) inferiores ao do direito constitucional, o direito infraconstitucional também não possuísse também características políticas–,¹⁸³ como também não abarcam a intenção de conhecimento da realidade social e política inerente à comunidade.

Gilberto Bercovici observa que “O entendimento da constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional”.¹⁸⁴ O presente trabalho, lastreado fundamentalmente na Teoria Estruturante do Direito, se insere nessa perspectiva, porém, procurando inserir a realidade na hermenêutica – a refundação da *hermenêutica como realização do direito*, e não mais como interpretação/aplicação. “A constituição não pode ser compreendida de forma isolada da realidade, pois é *direito político*, isto é, a

<<http://conpedi.org/manaus/index.php?id=241>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

¹⁸² O pleonasma é proposital.

¹⁸³ Não se pode *a priori* estabelecer uma distinção minimamente nítida entre o caráter da legislação constitucional e o da infraconstitucional – a despeito dos esforços empreendidos e dos lugares-comuns padrões na linguagem jurídica –, já que o que existe na vida são os problemas a serem resolvidos e a solução destes envolve comumente um rol diversificado de fontes normativas, como, p.ex., na problemática da conformação infraconstitucional dos direitos fundamentais e na da liberdade de conformação do legislador em geral.

¹⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo:

constituição está situada *no* processo político”. (grifo nosso)¹⁸⁵ Para Bercovici, a jurisdição constitucional “assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da constituição, abandonando questões centrais, como a da democracia”. Se é certo que existe um espaço político independente e fora do trabalho especificamente jurídico, fora do direito, pois, é também certo que o direito é (e, portanto, deve ser explícita e refletidamente encarado como sendo) um *locus* sempre impregnado pela política, por uma *política jurídica* com seus modos próprios de ser, por meio de uma hermenêutica situada historicamente e componente conscientemente do jogo político.

O caráter dos elementos integrantes e a forma de funcionamento da estrutura da norma e da normatividade expressam-se e acontecem por meio de categorias distintas e (em maior ou menor grau) peculiares aos diversos ramos do direito, seguindo as respectivas diferenças materiais existentes, especialmente em razão das diferenças materiais inerentes ao âmbito normativo e ao âmbito material respectivos. O direito constitucional é caracterizado por ser relativo à constituição da sociedade politicamente organizada em sua unidade, e à integralidade do ordenamento jurídico sistematicamente considerado, como sendo o conjunto de fontes de direito hierarquicamente superior e fundamental desse ordenamento, e, dessa maneira, as suas prescrições não possuem fundamento de validade em normas positivadas de grau hierárquico superior, o que, além de necessariamente exigir uma legitimação especialmente referida à sociedade – o que envolve a revalorização e a (re)introdução do poder constituinte e do povo *no* direito – faz com que o campo de ocupações e de tarefas próprias do direito constitucional, e do direito público *lato sensu*, caracterize esses direitos como sendo direitos essencialmente políticos.

Na expressão de Böckerförde, o poder constituinte é um “conceito limite” do direito constitucional. Não se trata da norma fundamental hipotética ou de direito natural, mas de uma força política real que fundamenta a normatividade da constituição, legitimando-a.¹⁸⁶ Por isso, no Estado Democrático de Direito *a validade normativa depende da sua legitimidade*.¹⁸⁷

Quartier Latin, 2008. p. 15.

¹⁸⁵ Ibid., p. 15.

¹⁸⁶ BÖCKEFÖRDE apud BERCOVICI, op. cit., p. 18.

¹⁸⁷ Ibid., p. 18.

5.10 A POSSIBILIDADE DE INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA EM MÜLLER

A análise científica do direito como um todo, e do direito constitucional em especial, não pode isolar constituição e realidade enquanto categorias distintas, ao menos no que se refere às condições de acontecimento real do direito constitucional. Konrad Hesse expressa que “O Estado só pode ser compreendido através de uma ótica em duas dimensões: unidade sempre a ser formada, conservada e continuando a formar, e, como atuação e atividade dos ‘poderes’ constituídos sobre essa base”.¹⁸⁸ Norma e realidade não podem ser categorizadas como uma contraposição não-unida, como se aquela existisse fora do tempo, fora do acontecer fenomênico, e igualmente ainda como se a doutrina do Estado Democrático de Direito propugnasse alguma “soberania do direito” (autopoiético) ou mesmo “da constituição” que excluísse o agir político e as forças sociais do seu acontecer, da sua realidade. A realidade do direito não acontece *in abstracto* ou mesmo *a priori*. O mito liberal da soberania do direito auto-suficiente escamoteia o poder que sempre está “por trás” e que é o sustentáculo do agir; esse mito entrega a alguns o poder que prescritivamente deveria ser de todos: o poder constituinte do povo.

O direito acontece por meio da linguagem, porém, esta não pode mais ser concebida como dotada de objetividade universal. A “semântica gramática” ou “semântica dos traços característicos das palavras”, é substituída na lingüística atual por uma “semântica do contexto”.¹⁸⁹ Pela peculiaridade de sua tarefa, impregnada do objetivo de constituir integralmente o direito e a unidade política do povo, o direito constitucional trabalha com padrões que são referidos freqüentemente como sendo estruturalmente “abertos”, “imprecisos” ou “principiológicos”, o que é uma inerência necessária em razão da amplitude e da dinâmica do conjunto de conflitos de que se ocupa.¹⁹⁰ Grande parte do pensamento convencional e atualmente generalizado

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 49.

¹⁸⁹ MÜLLER, *Vinte...*, op. cit., p. 17-18.

¹⁹⁰ Müller assevera que “À amplitude e à dinâmica da sua área de regulamentação corresponde uma abertura estrutural particularmente nítida das suas prescrições extremamente distintas quanto à densidade normativa, bem como material quanto à concretização. (...) Conforme a peculiaridade geral do direito constitucional, os textos da norma de numerosas prescrições suas são de uma ‘amplitude’ específica, não comparável sem mais nem menos com a das cláusulas gerais, que torna a concretização necessária, bem como difícil em grau mais elevado.” MÜLLER, *O novo...*,

professa que “enquanto os preceitos legais possuem um grau relativamente elevado de determinação material, de precisão de sentido e de conformação normativo-conceitual, as normas constitucionais, em sua quase-totalidade, apresentam uma conformação normativo-material fragmentária e fracionada”.¹⁹¹ Na concepção mais aguda e cortante de Larenz,

enquanto as leis definem, com certeza e precisão, o suposto e a disposição, os chamados elementos de previsão, as normas constitucionais não contêm uma previsão por elementos, limitando-se a enunciar princípios ou critérios gerais de valoração, que não podem exercer a função de premissa maior de um silogismo subsuntivo e, por isso, só se tornam operantes depois de densificados e concretizados pelo intérprete-aplicador.¹⁹²

As possibilidades de sucesso de uma (pseudo) lógica formal jurídica, que já são por si só bastante limitadas e ensejadores de erros e arbitrariedades, diminuem exponencialmente diante dos desafios e das características próprias do direito constitucional-político. A lei não é jamais uma grandeza previamente concebida desprovida de problematicidade e desconectada da realidade. No âmbito peculiar do direito constitucional, a necessidade de uma complementação recíproca entre o pensamento dedutivo-conceitual, ainda parcialmente persistente – pois não se quer dissolver as conquistas estabilizadoras do mesmo, quer-se, sim, ultrapassar os seus equívocos dos mais diversos matizes, que são direcionados ao decisionismo, à incontrollabilidade e à desonestidade metódica –, e a racionalidade especificamente problemática, não caminha no sentido de qualquer axiomática conceitual dedutiva, mas sim deve ser metodicamente resolvida por meio da vinculação ao ordenamento jurídico concretizando.

A linguagem natural não pode jamais ser logicizada como linguagem algorítmica-matemática.¹⁹³ *Ante factum*, o texto não possui por si só nenhum

op.cit., p. 68)

¹⁹¹ BÖCKENFÖRDE, 1993 apud COELHO, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63.

¹⁹² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 319.

¹⁹³ Aliás, mesmo no campo estritamente matemático, é possível a não existência de resposta correta, como afirma Gödel com seu Teorema da Incompletude: “[...] mesmo seguindo à risca as regras da lógica matemática, é possível formular proposições indecidíveis, proposições que se não podem demonstrar nem refutar.” IGNÁCIO, Ruth, A trajetória do projeto sociocultural da modernidade e da pósmodernidade: o caminho por uma das mãos de boaventura. *Revista da ADPPUCRS*, Porto Alegre, n. 5, p. 87-100, dez. 2004. p. 91. Disponível em: <<http://www.adppucrs.com.br/informativo/atrajetiadopjetosocio.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2008.

conteúdo intrínseco, fenômeno habitualmente identificado como uma polissemia ou plurivocidade inerente às fontes jurídicas. Se elevarmos um grau acima o nível da linguagem, percebemos que as palavras descontextualizadas, não no sentido apenas intertextual, mas de estarem ainda não referidas à realidade factual, ao conflito, ao caso, não possuem sentido algum. Isso não significa que o direito é criado *ex nihilo* pelo intérprete, mas sim que o direito posto não é identificado com as suas fontes, ou, *rectius*, com o extenso repertório dos textos de normas existentes, mas sim o direito posto, o ordenamento jurídico, é já formado pelo conjunto de normas jurídicas estruturadas: os programas de norma e os respectivos âmbitos de norma em conjunção.

Como a norma jurídica é produzida pelos trabalhadores do direito envolvidos na resolução do caso, por meio de um procedimento metódico e materialmente vinculado, com a maior controlabilidade possível, existem duas possibilidades gerais:

- a) o caso repete em todos os seus elementos relevantes e pertinentes um outro caso já decidido, hipótese em que já existe a norma jurídica e esta será novamente (re)produzida para o novo caso (juridicamente) idêntico. A historicidade que singulariza cada caso não implica a irrepetibilidade jurídica dos casos, sob pena de aviltamento ou, pior, de impossibilidade lógica de existência da exigência de igualdade (*equal justice under law*, postulado de justiça inerente ao Estado Democrático de Direito) e a conseqüente necessidade de coerência entre as decisões judiciais.
- b) o caso apresenta ao menos um novo elemento estrutural (argumento ou fundamentação, na linguagem mais corrente, ainda que o conceito de “elemento estrutural” seja mais compreensível e também necessariamente vinculado) metodicamente identificado e integrado à estrutura por ser pertinente e relevante, ou ao menos um elemento estrutural diferente. Assim, inserido elemento distinto na estrutura da norma, o caso já será um *novo caso* não idêntico ao anterior, e a respectiva norma jurídica será uma nova norma jurídica.

A partir dessa concepção compreensiva e integral da norma jurídica, composta por todos os seus elementos, existem hipóteses em que haverá, indeclinavelmente, uma única resposta correta para o caso, em razão dos elementos identificados na sua resolução. Porém, haverá também hipóteses, possivelmente em número maior, em que não será possível afirmar *ex ante* que existe uma única

resposta correta, pois, a partir dos materiais textuais disponíveis, mais de um elemento pode ser, com igual grau de plausibilidade e sustentabilidade argumentativa, inserido na estrutura da norma, levando a diferentes respostas (isto é, a diferentes normas jurídicas).

Não se trata mais de apenas ‘uma única solução correta’, mas de uma ou às vezes de duas ou ainda mais de uma ‘solução plausível, defensável’ em face dos textos de normas, do caso concreto e das solicitações do Estado Democrático de Direito, sobretudo nos padrões constitucionais como interpretação sistemática também com os direitos fundamentais, como inclusão de todos os textos de normas respectivos sem deixar cair ‘embaixo da mesa’ alguns deles, como julgamento independente pela justiça, como igualdade e equidade, como clareza da argumentação jurídica, etc. etc. (tradução nossa).¹⁹⁴

Em Müller, “Um julgamento é defensável quando inclui todos os dados factuais e lingüísticos importantes para o caso concreto, quando esses são tratados com precisão e controlabilidade metódicas e quando o resultado e a justificação do resultado mantêm-se conseqüentes e sem contradições.”¹⁹⁵

O caráter acentuadamente político do direito constitucional e do direito público em geral está diretamente relacionado à abertura hermenêutica que possibilita a construção, em diversos casos, ainda que não em todos, de múltiplas respostas igualmente plausíveis à luz do material democraticamente vinculativo. Ocupação de primeira grandeza da teoria jurídica consiste justamente em maximizar a controlabilidade desse espaço de decisão. Parcela do poder político conformador da norma jurídica é sempre inescapavelmente conferido a quem compete decidir, razão pela qual, todos sabem, desde sempre, que os juízes sempre criaram lei, ainda que tal fato tenha sido, igualmente desde sempre, e até hoje, insistentemente

¹⁹⁴ (No original : “il ne s'agit plus de ‘l'unique solution correcte’, mais **d'une ou parfois deux ou parfois encore plus de ‘solution plausibles, défendables’ em face des textes de normes du cas concret et des sollicitations de l'état de Droit démocratique** (surtout des standards constitutionnels: comme interprétation systématique aussi avec les droits fondamentaux, comme inclusion de tous les textes de normes respectifs sans laisser tomber ‘sous la table’ quelques'uns d'eux, comme jugement indépendant par la justice, comme égalité et équité, comme clarté du raisonnement juridique, etc. etc.))” Friedrich Müller em Entrevista com Friedrich Müller – Algumas questões sutis de metódica – entrevistador Sérgio Valladão Ferraz, em 16 de dezembro de 2008.

¹⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 9. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 9. (No original: “Un jugement est défendable, quand il inclut toutes les données factuelles et linguistiques importantes pour le cas concret, quand celles-ci sont traitées avec précision et contrôlabilité méthodiques et quand le résultat et la justification du résultat restent conséquents et sans contradiction”)

negado.¹⁹⁶ Concordamos com Cappelletti quando diz que “‘muito mais importante’ do que a descoberta [a assunção] do papel criativo dos juízes é a análise da ‘relatividade da verdade’ encerrada nesta descoberta”,¹⁹⁷ pois os modos de agir do juiz, para serem legítimos em um Estado Democrático de Direito, diferenciam-se da liberdade de conformação típica do legislador. Os juízes devem ser não apenas caracterizados pela imparcialidade e neutralidade procedimentais¹⁹⁸ como também devem estruturar suas decisões metodicamente e expô-las refletida e pormenorizadamente, submetendo-se à controlabilidade e crítica constantes, e segundo uma divisão funcional de tarefas constitucionalmente estabelecida.

¹⁹⁶ Mauro Cappelletti se refere à “[...] a verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas as épocas e com inexaurível perseverança, da criatividade da jurisprudência” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 130.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, op. cit., p. 130.

6 CONCRETIZAÇÃO METÓDICA DO CONTROLE OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1 VIRAGENS PARADIGMÁTICAS E EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

No mundo fenomênico não existem dois casos realmente idênticos. Dois casos concretos completamente iguais é uma impossibilidade diante da historicidade inescapável da vida e dos conflitos humanos. Em contradição radical a essa percepção, o direito à igualdade determina que todas as pessoas devem ser tratadas igualmente, sendo a igualdade um postulado caro à própria idéia de direito e de justiça através dos tempos, consagrada de variadas formas, as quais ressaltam uma ou outra característica inerente à sua compostura. Como tratar igualmente duas situações se ambas são inexoravelmente sempre diferentes? Como tributar duas pessoas igualmente se ambas têm necessidades, sofrimentos e felicidades diferentes – ainda que ambas tenham revelado o mesmo grau de capacidade contributiva na realização fática do mesmo “fato gerador”? Como manter juridicamente no ordenamento normativo a exigência geral de igualdade se tudo o que há no mundo é desigual? (e levando em conta que um ordenamento que prescindia da igualdade enquanto idéia imanente, em alguma dimensão, é tudo menos um ordenamento, pois lhe falta a exigência de coerência sistemática, e jurídica, pois afasta-se da noção geral reguladora sintetizável no direito à dignidade da pessoa humana).

Jacques Derrida sustenta que a decisão do juiz não será justa senão quando for um *jugement à nouveaux frais*, um *fresh judgment* – um julgamento completamente novo, não “requeitado”, não simplesmente “aproveitado” e transplantado de um caso anterior ao novo. Ainda que a decisão deva ser feita conforme uma lei preexistente (uma fonte normativa anterior), a sua interpretação seria re-instauradora e re-inventiva. E assim seria porque “cada caso é um outro caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação *absolutamente única*, que nenhuma regra existente e codificada pode e deve garantir de modo absoluto.”¹⁹⁹ Nesta esteira, a partir da visão da norma enquanto conjunto estruturado do programa da norma e do âmbito da norma, em que a norma jurídica é um resultado

¹⁹⁹ GRAU, op. cit., p. 90 [grifo nosso].

e não um *prius*, não existiriam duas normas jurídicas iguais. Cada caso mereceria uma norma jurídica inédita e irreconciliável à tradição hermenêutica. A graduação das desigualdades entre as pessoas e os casos seria *metodicamente incontrolável* e, portanto, não existiria nem em grau mínimo o atendimento à exigência de coerência do sistema e de igualdade. Além disso, a observação da prática dos trabalhadores do direito, em qualquer sistema jurídico, demonstra que os seus discursos, pelo menos em alguma medida, sempre se referem a padrões anteriores de justiça, sejam decisões precedentes, sejam estatutos ou padrões de moralidade ou justiça. Cada novo julgamento deve ser um *jugement à nouveaux frais* apenas no que concerne ao atendimento das exigências de construção estruturada e refletida dos elementos da norma jurídica (habitualmente designada por fundamentação ou justificação) especificamente para o caso novo, atendendo às suas peculiaridades, mas não necessariamente implica a produção de uma norma jurídica nova.

Como já se afirmou anteriormente, a singularidade não-repetível de cada situação da vida não implica a criação de uma norma jurídica nova e específica a cada novo caso. Mesmo os mais altos graus de exigência em termos de exposição estruturada lingüisticamente dos elementos componentes da norma (programa normativo e âmbito normativo) aportarão em algum grau de redução e/ou simplificação do fenômeno da vida, o que operacionaliza e torna efetivamente realizável o trabalho decisório: na vida real não existem Hércules. De maneira que há casos idênticos em tudo, o que é metodicamente relevante, pertinente e diferenciável; e o postulado da igualdade determina que *os casos iguais devem ser decididos pela mesma norma jurídica*. Essa é a exigência de coerência imposta por um axioma de justiça, no sentido de igualdade, inerente à teoria do Estado Democrático de Direito constitucional e materialmente adequada. Aquilo que fica de fora da estrutura da norma, seja porque inacessível – o conhecimento será sempre parcial e/ou impreciso; seja porque irrelevante – porque não há semideuses, apenas parcela dos elementos apreensíveis são úteis para a resolução do caso; ainda que exista e, em sua existência, diferencie historicamente o caso, tornando-o único, não compõe juridicamente a norma jurídica e, alijada desses elementos que “ficam de fora”, o caso concreto é repetível.

A repetibilidade dos casos concretos traz consigo a exigência de uma única resposta correta para os novos casos repetidos. A adoção de uma resposta diferente a um caso repetido, idêntico, implicaria uma contradição inaceitável. A viragem

jurisprudencial só pode ser admitida se houver algum elemento novo racionalmente aceitável que distinga o caso em relação aos precedentes, elemento esse que pode significar (a) um aspecto evolutivo em relação à decisão anterior, de maneira que esta não estava errada; (b) que a decisão anterior estava errada, com a conseqüente possibilidade de reforma das decisões que ainda sejam juridicamente reformáveis; ou, ainda, (c) simplesmente que o caso novo não é reconduzível ao anterior.

É corrente a afirmação de que as mudanças de posicionamento feitas pelos tribunais, quando passam a decidir diferentemente (e às vezes contrariamente) à jurisprudência até então consolidada (e “pacífica”), não significam que as decisões anteriores estavam erradas, não invalidam e nem questionam a assertividade da jurisprudência anterior. *Prima facie*, essa afirmativa está errada. É até teoricamente possível que alguma mudança jurisprudencial não implique erro na decisão anterior – nos casos em que o critério evolutivo aconteça em razão de algum elemento contemporâneo à viragem e inexistente ou, ainda, irrelevante anteriormente.²⁰⁰ Mas na maioria dos casos a viragem não-diretamente relacionada a alguma inovação legislativa significará sim que a decisão anterior estava errada. Por exemplo, o texto original da Lei nº 8.072/1990 determinava que os condenados por crimes hediondos deveriam cumprir a integralidade da pena de reclusão em regime fechado, vedada a progressão para regime mais benéfico. Diversas vezes instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente declarou a constitucionalidade da proibição de progressão. Acertadamente, ainda que tarde, em decisão tomada no HC nº 82.959, em 23/02/2006,²⁰¹ o Supremo Tribunal Federal adotou posição diametralmente oposta para determinar a inconstitucionalidade dessa proibição sob o fundamento de que a vedação de progressão de regime atenta contra o direito constitucional de individualização da pena, no que se refere à fase de execução penal.

Em relação à decisão desse caso concreto *não* houve qualquer elemento inédito (e puramente evolutivo)²⁰² que justificasse uma mudança jurisprudencial. O caso

²⁰⁰ Para não configurar um erro, a irrelevância anterior do elemento deve ser reconhecida quando da nova decisão. Se a nova visão conceber que anteriormente esse elemento já era relevante, considerará que a decisão anterior estava errada, ainda que os julgadores de outrora não tivessem conferido relevância ao elemento. Ou seja, apenas contemporaneamente ao momento fulcral (qualquer que seja) é que se pode estabelecer a assertividade da decisão superada.

²⁰¹ Relator Min. Marco Aurélio, DJ 01-09-2006.

²⁰² Utilizou-se a expressão “puramente evolutivo” para realçar que se considera que há caráter propriamente evolutivo quando as decisões anteriores estavam corretas à sua época, *mesmo aos olhos atuais*, em contraposição ao uso mais genérico da expressão para designar qualquer

era idêntico a vários outros anteriores em tudo o que importa para fins de autorização, ou não, da proibição de progressão. Apenas um realismo jurídico poderia se compadecer com a assertiva de que houve uma mudança na Constituição Federal de 1988 a partir desse novo caso, que justificasse a alteração. Os parâmetros constitucionais já estavam lá em todos os seus elementos metodicamente relevantes, apenas estes estavam incrustados na posição até então minoritária. Considerando-se que nosso sistema não adota a cínica teoria do caráter puramente constitutivo da decisão de inconstitucionalidade²⁰³ e nem outorga ao Supremo Tribunal discricionariedade na manipulação dos efeitos de suas decisões, o que a nova composição do tribunal considerou, acertadamente, *obiter dictum*, é que as decisões anteriores (pela constitucionalidade da proibição) estavam erradas. No entanto, o tribunal determinou a modulação dos efeitos dessa decisão para que produzisse efeitos apenas a partir da decisão, *ex nunc*, de modo que não são procedentes eventuais pleitos de indenização fundados exclusivamente no indeferimento de progressão do regime anterior à data do julgamento.²⁰⁴ Essa modulação apenas seria possível se se tratasse de verdadeira evolução determinada por algum elemento hermenêutico novo, inexistente ou irrelevante até então, o que não aconteceu, podendo-se criticar a modulação feita sob o fundamento de cripto-argumentos utilitaristas e economicistas que não são imputáveis à normatividade constitucional.

O marco teórico até aqui percorrido permite que se faça nítida distinção entre a pergunta pela resposta correta feita em momento anterior à resolução do caso e a mesma pergunta feita no momento em que se decide o mesmo, ou após a decisão. Enquanto não existe um caso específico real ou hipotético a ser resolvido, o ordenamento jurídico posto sempre se encontra em um acentuado grau de “abertura” que não permite nem mesmo que se faça a pergunta pela norma jurídica, a não ser quando esta vem acompanhada de um caso a ser resolvido, e, aí, já não se estará mais apenas se perguntando pelo significado da ordem jurídica em si

“evolução” no sentido de mudança *lato sensu*.

²⁰³ As decisões de inconstitucionalidade só podem ser revestidas de caráter constitutivo se houver elementos fáticos e/ou políticos (mas não políticos no sentido discricionário do utilitarismo) que determinem que o ato normativo “ainda era constitucional” em razão do âmbito da norma.

²⁰⁴ Interessante notar como a decisão incidental de inconstitucionalidade desse *habeas corpus* revestiu uma autoridade cuja repercussão fática é tipicamente de controle por via de ação, ainda que não tivesse formalmente efeitos próprios desta via.

mesma considerada como auto-referente, mas sim se estará a trabalhar metódica e progressivamente em direção à construção da norma jurídica. Inverte-se o esquema lógico-dedutivo e chega-se à conclusão de que não existe a “norma perfeita”, aquela que conteria um tipo de objetividade que anteciparia todas as hipóteses de aplicação possíveis, não porque antes do caso já existisse uma norma “imperfeita”, mas sim porque antes do aporte dos elementos factuais inerentes ao conflito, ainda que hipotético, não existe norma alguma. *Ex ante*, existem (a) o ordenamento jurídico composto do conjunto de normas jurídicas já elaboradas (de maneira mais ou menos exposta em sua estrutura) e (b) o manancial de fontes jurídicas, que também compõe, juntamente com o ordenamento jurídico, o universo referencial em um Estado Democrático de Direito. Por isso a pergunta pela resposta correta só tem algum sentido se ela contém em si elementos referidos a um caso.

6.2 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL E A NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE OBJETIVO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, desde 1988, vem progressivamente sofrendo um fenômeno que pode ser genericamente descrito como uma “abstrativização do controle incidental” caracterizado especialmente pela forte concentração do controle no Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988 determinou diretamente a ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn); a introdução de mecanismos voltados ao enfrentamento do problema das omissões inconstitucionais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADInpo) e o mandado de injunção; a admissão expressa de representações concentradas no âmbito estadual; além de especializar o recurso extraordinário em matérias exclusivamente constitucionais. Em 18 de março de 1993, a Emenda Constitucional nº 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais (ADC), alvo de acesas críticas pelo seu caráter especialmente concentrador, com contornos que lembram a antiga advocatória pré-constitucional. Posteriormente, o controle concentrado se viu ainda mais robustecido por meio da publicação da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a qual conferiu efetividade ao comando constitucional referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, porém, adotando um perfil estritamente objetivo, sendo, basicamente, uma ADIn, uma ADInpo ou uma ADC, de acordo com o seu pedido,

porém, ampliando sobremaneira o rol dos objetos passíveis de controle concentrado: *todos* os atos e omissões do Poder Público. Pouco antes, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a par de “legalizar” a maior parte das práticas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal no que tange às características e ao processamento da ADIn e da ADC, introduzira expressamente a possibilidade de restrição e de modulação dos efeitos da decisão nessas ações, emprestando-lhes a possibilidade de apresentar contornos de ação constitutiva negativa de anulação normativa; e, ainda, alçou a Lei Orgânica do Distrito Federal ao *status* constitucional ao criar um controle concentrado de “constitucionalidade” em sua defesa, contra leis e atos normativos distritais, por meio de uma “ADIn” distrital de competência do respectivo Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal passou a conhecer de mandados de segurança impetrados por parlamentares contra a tramitação de propostas de emenda constitucional (e de projetos de lei), inaugurando inédito mecanismo de controle judiciário concentrado preventivo e ainda com o efeito de impedir a tramitação do processo legislativo, tendo nítida conotação negativa.²⁰⁵

Em 31 de dezembro de 2004, e num fluxo sempre contínuo, as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 e por sua posterior regulamentação legal e infralegal no âmbito do controle incidental perante o Supremo Tribunal Federal propõem uma verdadeira *objetivação do controle subjetivo* ou *abstrativização do controle concreto* perante essa Corte, na medida em que, mais acentuadamente do que até então, passa a julgar os recursos extraordinários adotando uma postura como se fossem ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Esse novo perfil do recurso extraordinário é conferido pela conjunção do requisito de admissibilidade da *repercussão geral* – que permite ao tribunal realizar um filtro político-jurídico segundo critérios de relevância da questão discutida – com a possibilidade de aprovação de *súmulas vinculantes* – por meio das quais o Supremo pode conferir às decisões em recurso extraordinário (e também nos demais casos concretos de controle incidental) os efeitos típicos das decisões em controle abstrato, isto é, os efeitos vinculantes.²⁰⁶ Não resta dúvida de que esse novo modelo normativo

²⁰⁵ Por exemplo, o MS nº 23.565/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 17/11/1999.

²⁰⁶ É certo que a aprovação de súmula vinculante não confere à decisão incidental efeitos *erga omnes*, no sentido preciso da expressão; porém, os efeitos vinculantes freqüentemente possibilitam a repercussão da decisão na esfera jurídica das pessoas de maneira semelhante (a “eficácia natural da sentença” de Liebman, em contraste com a formal “autoridade da coisa julgada material”).

traduz, como afirma Gilmar Mendes, uma modificação “[...] na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. *Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.*”²⁰⁷

A Emenda Constitucional nº 45 ainda ampliou o rol de legitimados ativos da ADC, igualando-o à ADIn. Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem ampliado os seus próprios poderes na manipulação da decisão em sede de controle concentrado. Já é prática que não surpreende o tribunal estender *ex officio* a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não foram objeto de impugnação no pedido, seja do mesmo ou de outros diplomas normativos, considerando-se desvinculado do pedido, pois, por meio do que chama de inconstitucionalidade “por arrastamento” ou “conseqüente de preceitos não impugnados”.²⁰⁸

Ganha paulatinamente terreno a “teoria da transcendência dos motivos determinantes”, tanto nas ações de controle concentrado quanto no controle incidental (cada vez mais objetivado). O tribunal ainda não aceita expressamente, por maioria, revestir os fundamentos determinantes da decisão com os efeitos da “coisa julgada” (objetiva). Porém, na ADIn nº 2.868/PI, o Supremo decidiu que as unidades federativas podem fixar como sendo obrigações de pequeno valor, por meio de lei, para fins de exclusão do regime de precatórios, valores inferiores aos patamares estabelecidos na Constituição Federal, os quais apenas prevalecem enquanto não sobrevier lei específica de cada ente político, declarando, assim, a constitucionalidade da impugnada lei do Estado do Piauí que fixava em valores inferiores a quarenta salários mínimos.²⁰⁹ Posteriormente, o Juiz da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju, em um caso concreto submetido à sua jurisdição, declarou a inconstitucionalidade da lei do Estado de Sergipe que, à semelhança do que fizera o Estado do Piauí, fixara em montante inferior ao

²⁰⁷ STF, MC em RE nº 519.394-2/PB, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.12.06.

²⁰⁸ Por exemplo, ADIn 2154/DF e ADIn 2258/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/2/2007.

²⁰⁹ Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas federal, estaduais e municipais, em decorrência de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, em conformidade com o art. 100 do texto constitucional. A EC no 30/2000 determinou que não se submetem ao regime de precatórios os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que as Fazendas Públicas devam fazer em razão de sentença judicial transitada em julgado (art. 100, §3o), dispondo que cada ente federativo poderá, através de lei, fixar valores distintos do que seja considerado “pequeno valor”, segundo as suas diferentes capacidades (art. 100, §5o). Dispôs, ainda, que, até que ocorram as publicações pelos entes federativos das respectivas leis definidoras, serão considerados de pequeno valor as obrigações que tenham valor igual ou inferior a quarenta salários mínimos, para os Estados e o Distrito

patamar do art. 87 do ADCT federal o valor das obrigações de pequeno valor, para fins de exclusão do regime de precatórios. Contra essa decisão de primeira instância, foi impetrada a ação de reclamação nº 2.986, direto no Supremo Tribunal Federal, tendo o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática e cautelar e, portanto, ainda precária, conhecido e dado provimento cautelar à reclamação, restando assentado que o juízo de primeiro grau havia desrespeitado a decisão com efeitos vinculantes proferida pelo Supremo na ADIn nº 2.868/PI. Reproduzo as palavras do Ministro:

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl nº 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “*ratio decidendi*”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, “*in abstracto*”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

[...]

Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário.²¹⁰

A prevalecer esse posicionamento, a ação de reclamação passa a ser uma nova ação direta de controle de constitucionalidade concentrado e objetivo, em que o Supremo pode conferir efeitos vinculantes à fundamentação determinante fixada em seus precedentes.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir ADIn contra leis de “efeitos concretos” ao conhecer da ADIn nº 4048-1/DF, impetrada contra a Medida Provisória nº 405, de 18 de dezembro de 2007, convertida na Lei nº 11.658 em 18 de abril de 2008, sem alterações, a qual abre crédito extraordinário, para os fins que especifica, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, matéria tradicionalmente considerada destituída do necessário “coeficiente de abstração” e “generalidade” indispensável, até então, para a

Federal, e trinta salários mínimos, para os Municípios (art. 87 do ADCT).

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

admissão de controle concentrado (salvo a ADPF).²¹¹ Se essa viragem, diferentemente das demais, não caminha no sentido da “abstrativização”, ela concentra ainda mais o controle no Supremo Tribunal Federal.

Fincados nos ideais liberais e positivistas, os artigos 4º e 5º do Código de Napoleão, respectivamente, determinavam a obrigação de o juiz interpretar a lei *in concreto* e a proibição de interpretar a lei *in abstracto*, consagrando uma distinção que domina o discurso e o imaginário do senso comum dos juristas até hoje, com seus marcantes reflexos na práxis. O juiz deveria ser “a boca” que pronuncia mecanicamente as palavras da lei, um autômato supostamente neutro (e não apenas imparcial) destituído de historicidade e que apenas “interpreta” no caso concreto, isto é, não interpreta, apenas “aplica” a lei silogisticamente, “encaixando” o fato à norma pré-pronta.

Esse ambiente positivista, em que a norma ou é mera aplicação de uma operação lógico-formal – a ficção do ato puramente cognitivo; ou é um discricionário e incontrolável ato de vontade no interior das possibilidades (pseudo) encontráveis por meio de operações igualmente lógico-formais, fez florescer uma “dualidade” de sistemas de controle de constitucionalidade: (a) o *abstrato*, atividade que seria de caráter legislativo (meramente) negativo, em que o controle do ato normativo (o texto da lei é considerado como já sendo uma norma) é feito “hipoteticamente”, “em tese”,

²¹¹ “Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.” ADIn

por meio do duplamente metafísico confronto do ato normativo com a constituição; ou (b) o *concreto*, em que a questão de constitucionalidade do ato normativo (texto da norma) é uma premissa prejudicial inerente ao percurso do raciocínio do decisor indispensável para a resolução de um caso concreto qualquer; aqui, portanto, atividade tipicamente jurisdicional. Pretendendo seqüestrar a historicidade inerente ao fenômeno normativo, diz-se que no controle abstrato existe apenas *interpretação de normas*, enquanto no concreto há *interpretação de normas e aplicação a fatos*. Eros Grau, por exemplo, afirma que “(...) no controle difuso, o juiz apura a inconstitucionalidade da norma (isto é, cogita do texto + fatos). Já o Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, declara a inconstitucionalidade do texto, o artigo tal da lei ou da medida provisória número tal. Ele *apenas interpreta* – vale dizer, *não aplica o direito*.”²¹²

O autor prossegue afirmando que “O juiz que faz o controle difuso, no entanto, esse interpreta e aplica o direito; por isso ele decide no âmbito da norma, não do texto. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal poderá decidir afirmando que o texto é compatível com a Constituição se for interpretado de um modo, mas não – isto é, será inconstitucional – se for interpretado de outro modo (aí a ‘interpretação conforme a Constituição’, que supõe uma outra interpretação, esta ‘não-conforme a Constituição’). É interessante que o próprio autor propõe a impossibilidade de cisão entre interpretar/aplicar, e, procurando caminhar nesse sentido, distingue a “norma” (controle concreto) e o “texto” (controle abstrato). Mas como fazer controle de constitucionalidade sobre algo que não possui qualquer normatividade, isto é, controle sobre mero “texto” que não é norma? Os tribunais constitucionais, a partir especialmente do *Bundesverfassungsgericht*, desenvolveram técnicas de decisão que marcam caracterizadamente a diferença entre texto e norma, mas em uma tentativa de antecipação de uma “norma perfeita” mais abrangente da gama de casos possíveis, como a mencionada “interpretação conforme” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”. Ainda assim, essas tentativas restam insuficientes para apreender toda a complexidade da vida e

4048-1/DF, MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo do STF* nº 516.

²¹² GRAU, op. cit., 91 [grifo nosso].

do funcionamento da normatividade, pois se colocam no afã de uma missão impossível, já que sequer existe norma dissociada do caso, como já é aceito por muitos (a adoção da premissa de que o texto não contém em si a norma e que esta não é extraída dele, mas sim construída no processo de decisão do caso e vinculada às fontes jurídicas, deve seguir-se de suas conseqüências e não estacar na mera alteração terminológica ou em algum ecletismo mais ou menos refletido).

A norma jurídica sendo composta pela totalidade dos elementos estruturados em programa da norma e âmbito da norma – considerado o caso concreto imprescindível à normatividade –, como fazer um controle meramente abstrato, hipotético ou em tese? O que se pode fazer é tentar antecipar, na maior medida possível, as possibilidades hipotéticas de casos em que o referencial legislado, o texto de norma, possa em tese ser pertinente, o que leva às diversas técnicas que conferem plasticidade ao julgador para desenvolver a interpretação *descolada* do texto, revelando que este é um mero ponto de vinculação não auto-suficiente. Natureza da coisa, ponderações entre direitos fundamentais, principiologias, razoabilidade, proporcionalidade, além das restrições e modulações de efeitos, interpretações conforme, inconstitucionalidades parciais sem redução de texto, lei ainda constitucional, entre tantas outras, são algumas das alegações usadas para denotar a relativa desimportância do texto e a sua adaptabilidade às situações concretas futuras e imprevistas, as quais são abertas a novas decisões diferentes.

Por vezes, e isso pode acontecer ou não, essa “desimportância” do texto revelada pela decisão em controle “abstrato” enseja um decisionismo encoberto por argumentos vazios de sentido no que se refere à sua controlabilidade; situações que afrontam a teoria constitucionalmente adequada de um Estado Democrático de Direito. Por outro turno, quando a decisão se mantém imputável à fonte normativa, a “desimportância” do texto ganha outros contornos para significar a sua insuficiência no que se refere à conteudística, pela impossibilidade do ideal de norma perfeita prévia, sendo o contexto factual igualmente componente do jogo hermenêutico. A função de fonte de norma plasmada no texto legislado como um ponto de vinculação não pode ser tomada como alguma tópica nem como sociologismos, realismos ou utilitarismos. A democracia exige a vinculação. Mas as normas jurídicas (programa da norma e âmbito da norma, juntos) apenas podem ser *vinculadas* aos textos, não extraídas dos mesmos.

Se o trabalho efetivamente passível de realização em controle “abstrato” é a maior antecipação possível de hipóteses analiticamente desenvolvidas, com vistas a casos concretos pertinentes, esse trabalho jurídico-hermenêutico-decisório é sempre e necessariamente limitado. Por um lado, é limitado porque permanece restrito ao círculo de casos potencialmente antecipados no corpo e no teor da decisão, quando se pretende a correta “aplicação” da mesma, enquanto precedente vinculante; pois é possível, e freqüente, a “aplicação” errada do precedente como se este fosse aplicável a um caso que, na verdade, em razão de alguma peculiaridade, algum elemento estruturado do seu âmbito normativo, não deveria ser aplicável. É um caso concreto novo *não imputável à decisão precedente*, ainda que o texto de norma pertinente seja eventualmente o mesmo. Nessa esteira, e por outro lado, a decisão dotada de efeitos “*erga omnes*”²¹³ funciona paradigmaticamente como uma nova fonte de legislação positiva e/ou negativa²¹⁴ que será sempre carente de nova interpretação diante dos casos concretos a serem decididos *à nouveaux frais*.

Um paradigma vinculante e com efeitos *erga omnes* fixado pelo Supremo Tribunal Federal jamais deveria ser tratado como um “rolo compressor” que dispensaria o cuidado hermenêutico indispensável para a realização dos novos julgamentos, os quais sempre exigem um *fresh judgement*. A decisão em controle “abstrato” é incapaz de incorporar em si todos os elementos provindos do âmbito normativo do novo caso e esses podem ser decisivos para a tomada de uma decisão diferente em relação ao precedente vinculante, pois este é vinculante apenas para os casos metodicamente a ele imputáveis e não para qualquer caso que tenha aquele texto de lei como referência. O mesmo texto de norma poderá carecer de (e conduzir a) outra norma jurídica em um caso diferente. E esse tipo de problema é vislumbrado mais corriqueiramente quando referido aos direitos fundamentais e a outras normas às quais boa parte da doutrina confere natureza principiológica, e em que *ab initio* já se descarta a possibilidade de existência da norma perfeita antecipadora. Mas, na verdade, a decisão em controle “abstrato” jamais é essa

²¹³ Interessante como se confere efeitos *erga omnes*, os quais seriam, em princípio, efeitos que transcendem às partes integrantes do “litígio”, em um processo objetivo que não tem partes e em que não há propriamente litígio. Em verdade, os efeitos *erga omnes* nessas decisões representam (e têm como função) muito mais estabelecer um caráter legislativo positivo e negativo às decisões do que de conferir os efeitos transcendentais típicos, por exemplo, das ações coletivas e de direitos difusos.

²¹⁴ Freqüentemente simultaneamente, pois uma, o espaço positivo, é apenas o delineamento da outra, o negativo, e vice-versa.

norma perfeita e sempre será carente de reinterpretação, inclusive em razão da ubiqüidade do direito constitucional sobre a totalidade do ordenamento jurídico e dos fenômenos da vida, o que insere os sobreditos direitos fundamentais e as demais normas (supostamente) principiológicas sempre de novo como possivelmente pertinentes ao caso a ser solucionado; mas especialmente tendo em vista essa totalidade normatizadora do direito constitucional em face dos novos elementos distintivos do caso.²¹⁵

O caráter puramente abstrato do controle dito “abstrato” não subsiste a qualquer teoria da norma que não a conceba como algo já feito *a priori*, assim como que a considera um resultado e sempre referida a casos concretos (reais ou hipotéticos) e/ou, ainda, que não aceita a possibilidade de antecipação onipresente de uma norma perfeita. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, assim como qualquer decisor singular ou colegiado, pode dispensar o aporte fático e casuístico. O enfoque dominante no discurso que seqüestra a historicidade e que se apresenta como assegurador de um maior grau de segurança jurídica – a pretensão de objetividade –, como não existe a norma perfeita, na verdade, apenas *diminui* o grau de segurança jurídica das decisões a serem tomadas a partir do conjunto de paradigmas fixados, ampliando as possibilidades de decisões erradas no que se refere à vinculação ao ordenamento democraticamente posto.

Deve-se, pois, reposicionar o controle de constitucionalidade como sendo sempre um controle referido a casos concretos reais ou hipotéticos. Os mecanismos de fiscalização efetuados pelo Supremo Tribunal Federal em que a questão constitucional é posta separada de um caso concreto específico – as que não sejam controle incidental, portanto – são caracterizadas pelo seu teor *objetivo*, no sentido de referir-se à multiplicidade apreensível de casos passíveis de compreensão atual, não se referindo a partes previamente individualizadas, mas a todas as pessoas e situações potencialmente imputáveis à norma jurídica produzida pelo tribunal. É um controle objetivo, mas não abstrato. Sem refutar a terminologia “controle abstrato”, que remanesce como referido a controle hipotético *erga omnes*, Müller afirma que a teoria estruturante do direito “torna essa forma de julgamento constitucional mais

²¹⁵ Não se ouvida que o Supremo Tribunal Federal coloca a integralidade da Constituição como paradigma em seu controle (exceto em sede de ADPF), mas a teoria da práxis não pode conferir ao tribunal poderes típicos de Hércules *somados* aos de um oráculo.

concreta, mais próxima da práxis da concretização, da realização dos textos de norma no quadro de um caso específico já decidido, quando existir uma nova lei” e então faz a seguinte distinção: “Então que é possível *um controle abstrato para o procedimento, mas de uma maneira não-abstrata no nível da metodologia*”,²¹⁶ distinção que corresponde ao que neste trabalho referimos como concretização do controle abstrato.

O Supremo Tribunal Federal, e o Poder Judiciário como um todo em sua jurisdição constitucional, precisa inevitavelmente do aporte dos elementos inerentes ao âmbito normativo, os quais são referenciados ao contexto factual, para poder minimamente decidir a respeito de qualquer controvérsia constitucional. E essa colocação é abrangente quando se constata que o postulado da coerência provoca que as decisões incidentais de controle sejam (ou devam ser) sempre também pensadas e estruturadas tendo em vista a sua repercussão aos casos que mereçam igual tratamento. O Supremo Tribunal Federal julga os recursos extraordinários, na prática, com o mesmo tipo de zelo e abordagem que faz nas ações objetivas – agora de maneira ainda mais evidente com a possibilidade já posta em prática de conferir ao controle incidental os mesmos efeitos do controle por via de ação por meio das súmulas vinculantes. A própria impetração de ADIn ou outra ação de controle objetivo apresenta um caso constitucional a ser resolvido, ainda que de maneira diversa do conceito individualista de lide ou mesmo das controvérsias postas em ações sobre direitos coletivos e/ou difusos. Não há lide nem controvérsia coletiva *lato sensu* deduzida.

Porém, há uma controvérsia constitucional específica que envolve pessoas reais em conflitos reais, atuais ou potenciais, cujo caráter eminentemente político-legislativo é inerente. Partindo-se do pressuposto, aqui adotado, de que falar em direito é sempre falar em política, e com especial relevo no direito constitucional e no direito público em geral, a controvérsia constitucional é sempre político-jurídica e quando deduzida em seu caráter *erga omnes* e objetivo, esse caráter fica ainda mais nítido. Mas ainda para aqueles que não reconheçam na questão constitucional objetiva um caso, em razão justamente do acentuado caráter político-legislativo de que se reveste, tudo o que se coloca aqui permanece íntegro, pois essa questão

²¹⁶ Entrevista com Friedrich Müller – Algumas questões sutis de método – entrevistador Sérgio Valladão Ferraz, em 16 de dezembro de 2008.

inevitavelmente refere-se a e abrange uma multiplicidade de casos concretos (possivelmente) passados, atuais e/ou futuros. A legislação (e o direito, enfim) é sempre referida à realidade e a ela serve. E essa realidade precisa compor (e sempre compõe, ainda que não refletida e metodicamente estruturada) a decisão. Um controle simplesmente “abstrato” apenas seria possível por meio da ilusão de uma norma perfeita prévia capaz de atender a todas as necessidades de interpretação/aplicação, hipótese já descartada.

Nesse diapasão, as pessoas envolvidas nos processos decisórios das questões constitucionais devem aperfeiçoar seu trabalho no sentido da incorporação metódica dos elementos fáticos do âmbito normativo, a partir do âmbito material, à estrutura da decisão, explicitando por meio da exposição desses elementos o que se quer entender por “natureza da coisa”, “ponderação”, “proporcionalidade” ou outra expressão que seja tão abreviadora quanto camufladora desses elementos, normalmente já cogitados e tomados em consideração mesmo quando não expostos, e que em outras situações não são nem mesmo pensados. Em ambas as hipóteses, restando diminuído tanto o grau de controlabilidade quanto o de correção, constitucionalidade e democracia da decisão. E isso deve ser assim também no controle objetivo e não apenas no subjetivo.

Entra em cena a análise cuidadosa dos fatos e dos prognósticos, inclusive as chamadas “prognoses legislativas”, pois estas são estimativas quanto a fatos futuros, necessárias em um controle objetivo e, por isso, normalmente também voltado às situações fático-problemáticas vindouras. Nesse sentido caminham algumas práticas já adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, como a designação de perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre questões fáticas, a realização de audiências públicas em que são ouvidas pessoas com experiência e autoridade na matéria ou, ainda, com representatividade no contexto social inerente ao âmbito material envolvido na questão constitucional posta, e a solicitação de informações aos tribunais para aferir como os demais órgãos jurisdicionais estão interpretando a questão,²¹⁷ além dos pedidos de informação

²¹⁷ O que restou legislado na Lei nº 9.868/99, nos parágrafos 1º e 2º dos artigos 9º e 20, *in verbis*:
“[...]”

aos órgãos que emanaram o texto de norma objeto de controle, que normalmente relatam também elementos factuais.

A audiência pública é apenas *um* meio, entre tantos, de aportar ao conhecimento do decisor os elementos da realidade pertinentes e relevantes, sendo certo que a própria atividade dos atores processuais, a experiência e o interesse dos decisores (sua inserção no mundo) também sempre conduzem elementos fáticos à estrutura da decisão, de maneira explicitada ou não (o que a torna mais ou menos controlável). Mas é um meio que enriquece não apenas o caráter democrático da decisão, como maximiza a obtenção correta e adequada dos dados fáticos verídicos, pertinentes, relevantes e suficientes para a decisão do caso.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal realizou a primeira audiência pública de sua história em 20 de abril de 2007, no bojo das discussões sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/05²¹⁸ – o qual permite a realização de pesquisas científicas com a utilização de células-tronco embrionárias.

Duas questões centrais colocam-se na ação: (a) quando começa a vida humana?; e (b) qual a dimensão material do direito à vida? Esta última questão põe-se apenas de maneira limitada, relacionada às necessidades da resolução da questão constitucional suscitada – ou seja, naquilo que se refere à pesquisa com células-tronco embrionárias – ainda que esse recorte tenha influência irradiadora para outras questões, em razão do princípio da coerência sistemática.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.”

²¹⁸ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas nos respectivos procedimentos, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data de publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

Basicamente, enfrenta-se o tema da existência, ou não, de hierarquia entre os direitos fundamentais (o direito à vida tem alguma prevalência abstrata sobre os demais direitos fundamentais, como a liberdade – inclusive de pesquisa científica –, a igualdade, a proteção da saúde, etc.) – e essa questão põe-se na medida em que a petição inicial centra-se em provar que “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”²¹⁹, sugerindo que, uma vez determinado que há vida desde período anterior à formação das células-tronco, não mais seria possível a realização das pesquisas. Igualmente relevante coloca-se a questão sobre se é possível a simplificação da discussão nos termos apresentados. Uma visão integrada revela que a pesquisa com células-tronco visa à descoberta de formas de preservação da saúde das pessoas, da cura de doenças e, portanto, da manutenção da própria vida. Por esse viés, o embate não se coloca entre o direito à vida e os demais direitos fundamentais, mas entre o direito à vida (dos embriões) e o próprio direito à vida (das pessoas que terão suas vidas salvas em razão do possível resultado das pesquisas).²²⁰

A tese do requerente ainda propugna que existem “avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com as embrionárias”.²²¹

É emblemático que a primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal tenha acontecido em sede da discussão de tão complexas questões, que envolvem aspectos extremamente delicados e primordiais da ética humana. A sua resolução não pode prescindir da contribuição dos elementos do âmbito da realidade que são relevantes para a formação da estrutura da norma de decisão – como de resto nas decisões em geral, até nas mais simples. Porém, a fundamentalidade paradigmática e a natureza das questões, aliados ao progressivo amadurecimento dos instrumentos de jurisdição constitucional concentrada, levaram a que o Supremo Tribunal Federal se desviasse do caminho habitual de pressupor ou irrefletidamente

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

²¹⁹ ADIn 3510/DF, Folha 2 da petição inicial.

²²⁰ O Presidente da República — na condição de requerido — defendeu o ponto de vista segundo o qual a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, encontra fundamento em dois valores amparados constitucionalmente: o direito à saúde e o direito de livre expressão da atividade científica, coincidindo, em linhas gerais, com a manifestação do segundo requerido, a Mesa do Congresso Nacional.

²²¹ Segundo Damián Garcia-Olmo, Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autônoma de Madri,

ou de maneira não exposta os elementos fáticos envolvidos, e perscrutasse mais detalhada, organizada e refletidamente esses elementos através de audiência pública.

O relator da ADIn nº 3510, Min. Carlos Ayres Britto, reconheceu a imprescindibilidade do esclarecimento do âmbito da realidade.

(...) a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.²²²

Como não há regramento específico sobre a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, nem na lei nem no regimento interno do Tribunal, o relator utilizou analogicamente a normatização relativa às audiências públicas no Congresso Nacional, com as adaptações necessárias às especificidades de um processo jurisdicional, garantindo a imparcialidade dos julgadores e a paridade de armas dos diversos manifestantes (sem olvidar que o processo objetivo é não-contraditório e não possui partes, isto é, não coloca em jogo uma “lide” típica de direito processual civil nem uma acusação de direito penal).

O procedimento da audiência pública foi determinado de maneira que cada bloco de especialistas disporia de uma hora e trinta minutos no turno da manhã e mais duas horas no turno vespertino para a exposição sobre a matéria de fato, sendo que a utilização desse tempo seria livremente dividido entre integrantes de cada bloco. Foram organizados dois grandes blocos. O “bloco um” composto por especialistas indicados pelo requerente e pela CNBB (*amicus curiae*), e o “bloco dois” integrado por *experts* indicados pelos requeridos e os demais *amici curiae*. A ordem de apresentação dos trabalhos foi definida por sorteio realizado, pelo relator, no início da audiência pública, e o bloco de especialistas que por último se apresentou no turno matutino iniciou os trabalhos no turno da tarde.

A par de propiciar a ampliação do debate e da legitimação democrática do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, as audiências

folha 6 da petição inicial da ADIn 3510.

²²² Decisão publicada no Diário de Justiça da União em 01.02.2007.

públicas são um instrumento propício à ampliação da investigação sobre o âmbito da realidade. Gilmar Mendes assevera que “(...) não há como negar a comunicação entre norma e fato, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a *investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos*.”²²³ (grifo nosso)

A necessidade de incorporação dos elementos da realidade à norma jurídica, como elementos inerentes à sua compostura, indicam a correlata necessidade de interdisciplinariedade para o funcionamento do direito, o qual não prescinde dos conhecimentos hauridos dos demais campos do conhecimento.

À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIn é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles.²²⁴

A decisão expressa no voto do relator da paradigmática ADIn 3510 – apregoada como “a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias)”²²⁵ – é um exemplo de decisão que estrutura adequadamente os elementos lingüísticos do programa da norma e os vários elementos fáticos do âmbito da norma pertinentes, co-constitutivos da própria norma jurídica, no trabalho de concretização da Constituição. Torna-os explícitos e submetidos à verificabilidade e, assim, permite que a decisão seja consentânea à realidade, e não baseada em suposições metafísicas ou em profissões de fé.

Verifiquem os seguintes excertos do voto do relator:

(...) Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da**

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.248.

²²⁴ STF – ADIn 3510, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 11.

²²⁵ Opinião do Min. Celso de Mello, conforme STF – ADIn 3510, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 56.

fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana.** Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece – insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozóide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial – também já foi ressaltado -, **mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia.** Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma producente trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva.** Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário, *data venia*, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação.²²⁶

Após estabelecer que a Constituição garante o direito ao planejamento familiar e que este envolve o direito de um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*, Carlos Britto assim assevera:

O recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10? Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de

²²⁶ STF – ADIn 3510, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 38-40.

experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios.²²⁷

O relator decide que não – a mulher não é obrigada a tentar a nidação em relação a todos os óvulos fecundados –, em razão justamente do direito ao planejamento familiar, uma liberdade fundamental conferida constitucionalmente (uma “especial autonomia da vontade individual”), aliado a outros preceitos, como, p.ex., o que impede o tratamento desumano ou degradante (ao qual seria submetido a mulher obrigada à gestação).

Efetuando um paralelo entre o (previamente aceito como legítimo) critério da morte encefálica como determinador da cessação da vida, conforme a Lei nº 9.434/97, e a situação fática do embrião congelado *in vitro*, assim versa o relator:

Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei [a Lei de Biossegurança], o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação.** Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém.** Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao *nativivo*.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano.** Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório,

²²⁷ STF – ADIn 3510, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 48.

porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.**²²⁸

É componente da norma jurídica a “inescondível **realidade** de que não há pessoa humana sem o aparelho neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (...).” Também se depreende que a estrutura da decisão não está já contida nos enunciados lingüísticos dos direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, ao direito à saúde e à liberdade de pesquisa científica, enquanto simples textos lingüísticos desconectados do contexto fático. Essas categorias não se prestam a raciocínios lógico-subsuntivos e a sua expressão normativa acontece em apenas em um procedimento em que o conjunto estruturado de padrões lingüísticos e dados da realidade (vertidos em linguagem) se entrelaçam. Por outro lado, considerá-los princípios torna-os “abertos” o suficiente para a introdução mais refletida dos elementos da realidade, porém encobre o fato de que estes elementos não são dados prévios alheios ao trabalho jurídico, o que pode ensejar maior risco de decisionismos subjetivistas.

O decididor arremata assumindo-se pós-positivista e declarando a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, *in verbis*:

É assim ao influxo desse **olhar pós-positivista** sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.²²⁹

Em agosto e setembro de 2008, aconteceram novas audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, para a elucidação de matéria de fato pertinente à discussão colocada na ADPF nº 54/DF, em que se pleiteia a inaplicabilidade²³⁰ das normas do Código Penal²³¹ que incriminam o aborto nos casos de antecipação

²²⁸ STF – ADIn 3510, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 61-62.

²²⁹ STF – ADIn 3510, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 71.

²³⁰ A sua inconstitucionalidade ou, como determina a posição ainda dominante no Supremo Tribunal Federal, a não-recepção por revogação ou, ainda, a impertinência das normas incriminadoras, em razão da atipicidade da conduta (a inviabilidade do feto descaracteriza o aborto).

²³¹ Artigos 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

terapêutica do parto dos fetos anencefálicos. O relator, Min. Marco Aurélio, assim justificou a necessidade da audiência pública: “Encontrando-se saneado o processo, devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a **conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito.**”²³² (grifo nosso)

Caminha bem o tribunal em utilizar esses expedientes por meio dos quais capta os fatos inerentes à questão a ser decidida, e deve-se mesmo ampliar os instrumentos de percepção da realidade, seja por meio de novos institutos, ou da progressiva expansão dos existentes, maximizando o acerto quanto aos elementos obtidos. Mas, para além dessa prospecção, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal aperfeiçoe a estruturação de suas decisões, como fez na decisão da ADIn 3510/DF, inserindo os elementos da realidade de maneira mais refletida e controlável, assim como também devem fazer os demais órgãos do Poder Judiciário – em controle objetivo ou subjetivo. O controle de constitucionalidade objetivo também precisa de uma norma jurídica geral,

²³² STF – ADPF 54/DF, decisão de saneamento do processo e de convocação de audiência pública, tomada pelo relator Min. Marco Aurélio, em 31.07.08. E prossegue o relator, na decisão: “Antes mesmo de a Procuradoria Geral da República vir a preconizar a realização, havia consignado, na decisão de 28 de setembro de 2004, a conveniência de implementá-las. Eis o trecho respectivo (folha 241):

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno- Infantis de Campinas – CEMICAMP.

Já agora incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição – viabilizada a juntada de memoriais – e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h:

- a) 26 de agosto de 2008: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católica pelo Direito de Decidir.
- b) 27 de agosto de 2008: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos.
- c) 28 de agosto de 2008: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e, por último, o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.”

formada pela conjunção do programa da norma e do âmbito da norma (adotando-se os nomes que se quiser para essas categorias), que resolve a questão constitucional dentro de um quadro político-institucional contextualizado e referenciado à realidade, e que será o parâmetro para as decisões individuais a serem tomadas por todos os que estiverem vinculados ao precedente.

Esse parâmetro – a decisão, que em controle objetivo tem efeitos *erga omnes* e vinculantes – é ainda circunscrito a um conjunto de hipóteses factuais previstas e colocadas em relevo pelo decididor. A decisão (em ADIn, ADC ou ADPF) não pode ser tida como dizendo mais do que efetivamente diz, a despeito do seu caráter objetivo, exceto naquilo que ela possui de semelhante a uma lei, isto é, apenas quando a nova decisão individual for ainda imputável metodicamente ao precedente geral fixado pelo tribunal. Por isso, por exemplo, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que a declaração de constitucionalidade de um objeto não reveste os efeitos da “coisa julgada”,²³³ podendo o tribunal apreciar novas ações contra o mesmo objeto desde que haja alterações histórico-fáticas que modifiquem o contexto, isto é, que modifiquem o âmbito da norma ao ponto de torná-la inconstitucional (ao menos em relação a alguma categoria de situações fáticas).²³⁴ Já os efeitos de “coisa julgada” inerentes à declaração de inconstitucionalidade não impedem que seja emanado

²³³ Em verdade, a importação de categorias do direito processual civil em geral, e especialmente de um processo eminentemente individualista, para os processos de controle de constitucionalidade objetivo e mesmo subjetivo deve ser feita *cum granus salis* e freqüentemente mais confunde do que esclarece.

²³⁴ “A declaração de *constitucionalidade* do ato normativo, contrariamente, *não* possui a autoridade da coisa julgada material. Conquanto dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, que serão vistos no próximo item, tal decisão *não* impede que seja formulada, no futuro, uma nova ADIn impugnando o mesmo ato. A improcedência da ADIn ou a procedência da ADC em nada afetam o ato normativo, que tem confirmado o que já se presumia: a sua constitucionalidade, mantendo-se o ato vigente (existente, válido e eficaz), apenas tendo o condão de afastar a dúvida ou a insegurança a respeito da sua constitucionalidade. A propositura de nova ação deverá ser baseada em alguma situação superveniente que justifique a reapreciação do tema, como mudanças na situação fática (mundo fenomênico) subjacente à norma e alterações informais na compreensão da norma constitucional parâmetro (chamadas freqüentemente de *mudações constitucionais*, por não envolverem alteração no texto formal) ou do ato normativo objeto de controle.” (FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 593). A título ilustrativo, o STF já decidiu que “Por sua vez, na hipótese de declaração de constitucionalidade, a segurança jurídica também estaria comprometida se essa decisão, vinculante de todos os demais órgãos da jurisdição e da administração pública, pudesse ser desconstituída por força de simples variações na composição do STF, sem **mudança relevante do contexto histórico e das concepções jurídicas subjacentes ao julgado rescindido.**” (grifo nosso) ADI nº 2154/DF e ADI nº 2258/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14/2/2007.

novo texto de norma (a vinculação não atinge a atividade legislativa), o qual poderá ser considerado constitucional em um novo contexto fático.

Os juízes e tribunais devem fazer uma acurada análise quando da resolução dos casos concretos, pois não basta simplesmente a fixação do precedente de constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade do texto de norma para que automática e mecanicamente haja alguma subsunção entre o caso e o precedente decidido em controle objetivo. O mesmo se diga a respeito das súmulas vinculantes, que se revestem em princípio das mesmas características dos dispositivos das decisões nas ações de controle objetivo, devendo ser tratadas como se fossem decisões tomadas neste tipo de fiscalização, porém, com um agravante: a sua fórmula lingüística normalmente redutora e simplificadora de sentido pode perder ainda mais “substância conteudística”, isto é, perder em clareza dos elementos componentes da estrutura das normas que representam.²³⁵

E aqui se chega a um ponto-chave: se a norma jurídica é um resultado e não um *a priori*, e não se confunde com o mero texto de norma, *a decisão em controle de constitucionalidade não deve jamais ser a decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de um texto de norma*, mas sim *a decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de uma norma jurídica estruturada com todos os seus elementos inerentes ao programa e ao âmbito normativos*.

Desse modo, a introdução de outros elementos diferentes e não-previstos e, mais do que isso, não imputáveis metodicamente à decisão paradigmática tomada em controle objetivo faz com que deva prevalecer, no novo caso a ser decidido, uma

²³⁵ Por exemplo, verbete nº 8 da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal estabelece que “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. Os artigos 45 e 46 tratam do prazo decenal de decadência e prescrição das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, que foram efetivamente declaradas inconstitucionais nos recursos extraordinários que serviram de base para a edição da súmula. Porém, os mencionados artigos 45 e 46 abrangem também outras normas que evidentemente não foram declaradas inconstitucionais e que permanecem válidas como fonte de direito. Como lidar com a súmula que declara a inconstitucionalidade em âmbito muito mais extenso? A expressão “que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” ao final serve para restringir claramente o seu alcance, contra a literalidade da parte antecedente? A evidência manifesta do erro pode fazer com que simplesmente sejam ignorados os efeitos que a súmula deveria ter em razão do seu teor, sendo a mesma retificada pelo uso, prática que foge completamente às exigências de clareza e de honestidade dos métodos. Porém, o mesmo não acontecerá nos incontáveis casos em que a não adequação entre a decisão precedente e o caso seja muito mais sutil e repouse em detalhes fáticos novos e não enfrentados anteriormente pelo tribunal.

nova decisão adequada à atual configuração fático-institucional. Essa é a única maneira de efetivamente libertar o controle de constitucionalidade do esquema sujeito-objeto em um projeto subsuntivo que seqüestra a historicidade inerente ao fenômeno hermenêutico. Eis a necessária *concretização do controle abstrato* e, porque não dizê-lo, também do próprio controle concreto, na medida em que este venha sendo exercido como se abstrato fosse, pertinente a uma teoria constitucional adequada aos ditames do Estado Democrático de Direito.

A “nova hermenêutica” proposta implica uma nova abordagem sobre o papel dos agentes participantes do sistema de controle de constitucionalidade, os quais (a) contribuem com e participam da construção da norma jurídica, com o seu aporte interpretativo, de forma vinculada aos imperativos do Estado Democrático de Direito; (b) possuindo papel (também) de estabelecer legislação positiva (vinculada e limitada) com a fixação de sua interpretação; (c) devendo ser superiormente responsáveis pela exteriorização das razões racionalmente controláveis de suas decisões (imperativo da honestidade dos métodos); (d) sendo a norma jurídica existente apenas no momento em que o texto lingüístico legislado é contextualizado com os elementos do mundo fenomênico.

7 O CONCRETISMO NORMATIZADOR PÓS-MODERNO E A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

7.1 A INEVITABILIDADE DO PAPEL CRIATIVO DO TRABALHADOR DO DIREITO

O papel criativo dos trabalhadores do direito é uma realidade, é uma descrição do fenômeno da normatividade, e não uma mera prescrição do que deveria ser a realidade. Menos importante do que a “descoberta” desse caráter criativo – desde sempre conhecido e negado – são as investigações metódicas e de teoria da norma que permitem o aperfeiçoamento do funcionamento das instituições jurídicas (públicas e privadas) em um ambiente de progressivo deslocamento das tensões sociais em direção ao Poder Judiciário, caracterizado pela contínua expansão da importância do direito jurisprudencial e o agigantamento da sua relevância política. Não se trata, outrossim, de uma criatividade que deva ser livre e indomada (ou indomável), mas de uma criatividade materialmente vinculada num processo de decisão metodologicamente estruturado, e sensível à política, à valoração e à intersubjetividade.

As teorias positivistas legalistas encobrem essa verdade, supostamente isentando o trabalhador do direito de sua responsabilidade hermenêutica – irresponsabilidade e inatividade simbolizadas pela máxima “o juiz é a boca que profere as palavras da lei” –, o que ao mesmo tempo (a) torna incontrolláveis ou, pelo menos, pouco controláveis,²³⁶ não expostos e não refletidos os influxos de elementos normativos extraídos do âmbito de realidade e as escolhas político-axiológicas que inevitavelmente participam estruturalmente da norma-decisão do caso concreto, e, (b) ao serem não refletidas, não instrumentalizam o trabalhador do direito com as possibilidades de efetivação do ordenamento jurídico que lhe é fornecido pelas ferramentas metodológicas de otimização da efetividade normativa. As teorias sociológicas e as demais teorias que se desviam da orientação materialmente vinculante do ordenamento positivo, de outro lado, não satisfazem às exigências do Estado Democrático de Direito, dotando o trabalhador do direito de poder normativo autônomo e (também) incontrollável – representado pelo

²³⁶ A controlabilidade restaria também implícita e não-refletida, ou não revelada, tal qual a fundamentação da decisão controlanda.

(igualmente inaceitável) aforismo “a norma (a constituição) é aquilo que os juízes dizem que ela é” – as escolas que permitem esse tipo de dissolução da normatividade renegam os avanços produzidos pelo positivismo e não se configuram como verdadeiramente pós-positivistas, sendo, no máximo, anti-positivistas,²³⁷ aproximando a criação jurisdicional do direito a esquemas mais consentâneos à liberdade de conformação do legislador, impróprios à passividade procedimental que deve caracterizar a ação dos juízes. A negação da existência desse espaço de criatividade do decididor resulta sempre em irresponsabilidade do trabalhador do direito (do “intérprete”) por suas decisões, assim como a total (ou, pelo menos, a demasiada, não estruturalmente construída) liberdade interpretativa atenta contra a existência de um ordenamento jurídico que seja democraticamente posto e vinculante.

A partir do paradigma pós-positivista, e não apenas exclusivamente segundo a teoria estruturante do direito, chega-se à conclusão de que, em um Estado Democrático de Direito fundado em uma constituição como a Constituição Federal de 1988, assim como nos Estados Democráticos de Direito fundados em constituições que se filiam ao mesmo núcleo de garantias da dignidade da pessoa humana determinados por uma Teoria do Estado de etiologia comum, *a norma jurídica que resolve um caso concreto é produto da “vontade”²³⁸ dos três Poderes*, e não apenas daqueles que participam do processo de produção dos textos legislativos, assim como também não se resume a uma “vontade” livre e desvinculada do julgador.²³⁹ *O direito normativo se encontra nos textos de decisão e não nos textos legislados*, e, nesse sentido, a atividade jurisdicional é sim uma atividade de *legislação positiva* já que, como ato não meramente cognitivo, mas sim criativo (ato “volitivo”), é veiculador de escolhas que não são vinculadas de forma

²³⁷ Conquanto um legalismo como o de Kelsen também dissolva, em acentuada medida, a normatividade inerente ao direito, ao prescindir por completo de um método hermenêutico controlador do “ato de vontade” que se segue à cognição “lógica” inicial.

²³⁸ Não no sentido ontológico e nunca em confusão com o sentido que “vontade” adquire em toda a dogmática jusprivatista, mas sim no sentido de *ação político-jurídica* constitucionalmente legitimada (atuação funcionalmente correta).

²³⁹ Considerando-se o Estado enquanto esfera produtora de sentido normativo e decisório, o que não afasta a multidimensionalidade do fenômeno jurídico, que perpassa cada vez mais outras esferas (sistemas jurídicos) produtoras de sentido e de decisões que não são estatais. A atividade estatal é permeada pela influência da ação de atores não-estatais no processo decisório em um Estado Democrático de Direito, como o teor de representatividade na criação das espécies normativas ou as atividades das partes no processo jurisdicional.

unívoca *ex ante*, nem mesmo por uma pseudo-lógica formal, que de qualquer maneira é impossível de apresentar-se no mundo real. As tentativas positivistas de redução do jurídico ao lógico-formal naufragaram ao se depararem com a realidade de que o direito, ao contrário da matemática, não possui o grau de abstração suficiente para a implementação das categorias lógicas. O direito indissociavelmente é uma realidade fenomênica complexa e concreta (sem com isso chegar-se a uma concepção estritamente sociológica do direito).

O receio do menoscabo que pudesse advir ao valor segurança jurídica em virtude da concepção pós-positivista é infundado e mesmo contrário às aspirações de verdadeira segurança jurídica. Uma vez provado o espaço de decisão normativa jurisdicional como dado da realidade, apenas se pode garantir a segurança na correção do funcionamento da ordem jurídica por meio de uma metódica que seja expositora dos elementos de concretização da norma jurídica em cada decisão, tornando-a controlável na máxima medida que é efetivamente possível. Deve-se acreditar nas possibilidades de sucesso de uma metódica, ainda que estas sejam limitadas e reconhecidas como tal, sob pena de se recair em um niilismo metódico incompatível com as exigências de racionalidade do trabalho jurídico. É a honestidade dos métodos que permite a intersubjetividade possível no direito e a maximização do rendimento da metódica. Nesse sentido, ressoantes são as palavras de Müller:

A Ciência do Direito ou será racional e honesta em termos de Metódica, ou não será. Ela existirá, só que não enquanto ciência, mas, na sua parte dogmática, como estudos jurídicos empenhados em coletar e inventariar, em desculpar a dominação, em aquietar objeções; e, na sua área de atuação juspolítica, como jornalismo de fim de semana com notas de rodapé, como publicação de meras opiniões e ciência jurídica das partes interessadas. Ciência do Direito somente tem chance de ser o que não se torna papel velho sob as penas do legislador.²⁴⁰

7.2 A PASSIVIDADE PROCEDIMENTAL DOS JUÍZES E A EVOLUÇÃO DA CORREÇÃO FUNCIONAL NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O reconhecimento da natureza positiva da criação jurisprudencial do direito

²⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. contracapa.

não confunde a atuação do Poder Judiciário (do decisor) com aquela que caracteriza a do legislador tradicional legitimado nos moldes da democracia majoritária – os Poderes Executivo e Legislativo.²⁴¹⁻²⁴² O que os diferencia não é em si a substância do resultado normativo, mas sobretudo a estrutura procedimental, formal, das respectivas maneiras de agir, pois o Judiciário cria direito por meio de procedimentos muito diferentes dos legisladores e, quando eventualmente se vale de formas cujas características remetem às tipicamente legislativas, terá exorbitado dos limites do seu poder criativo e contrariado a correta distribuição de funções constitucionalmente determinada.²⁴³ A posição procedimental dos juízes é estabelecida pelo ordenamento jurídico, isto é, pela constituição, e é fruto de multicentenário desenvolvimento histórico e não prescinde do aporte conteudístico de uma teoria constitucional adequada.

A correta ação dos juízes é caracterizada não pela não-criatividade, mecanicidade ou logicidade, mas sim pela sua *passividade procedimental*,²⁴⁴ com o que se designa um conjunto de atributos que lhes colocam em uma posição e desempenhando papéis muito diferentes daqueles inerentes aos legisladores. Basicamente, os juízes devem estar em contato direto com a singularidade do caso, ser *imparciais*, agir apenas se *provocados*, ouvir e influenciar-se pelo *contraditório* entre as partes, e ser *independentes* em relação a pressões externas. O direito apenas existe e se realiza em função do caso. Os legisladores atuam por meio de fontes de direito que são modelos de norma (mas ainda não as normas) desconectados de casos específicos, possibilitando que a linguagem seja veículo

²⁴¹ Em nosso presidencialismo, através das escolhas políticas que progressivamente foram sendo construídas a partir da redemocratização, a função legislativa continua fortemente centralizada em um hipertrofiado Poder Executivo, o qual, através de diversos expedientes (medidas provisórias, iniciativas privativas, determinação de urgências, controle orçamentário, ampliado poder regulamentar, etc., para abranger apenas os mais jurídicos-formais), efetivamente controla o processo legislativo nacional, sendo o Poder Legislativo um mero coadjuvante ainda em busca de uma maior afirmação após as seguidas atrofias inerentes aos períodos autocráticos já ultrapassados.

²⁴² Apesar de eleito democraticamente, pode-se levantar acesas objeções contra o caráter essencialmente democrático da legislação emanada diretamente do Poder Executivo, habitualmente tendente ao autoritarismo e à tecnocracia se não for filtrada pelo crivo do Legislativo. Certamente, uma legislação primária substancial provida do Executivo tende a ser mais ditatorial e ilegítima do que a assunção do ativismo do Poder Judiciário, o “poder menos perigoso”, especialmente se este permanece no âmbito da correção funcional (única postura adequada a um Estado Democrático de Direito do tipo estabelecido pela Constituição Federal de 1988).

²⁴³ A partir daqui, as referências ao modo de agir dos juízes serão feitas, em princípio, pressupondo que os mesmos mantiveram-se dentro do círculo da correção funcional.

²⁴⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 74.

mediador da ação dos trabalhadores jurídicos. Os juízes atuam sempre na resolução de um caso – e reafirma-se aqui que mesmo as controvérsias constitucionais deduzidas por meio de procedimentos objetivos apenas podem ter sentido efetivamente normativo quando referenciadas à pluralidade de casos cogitáveis, não prescindindo destes e de seus respectivos contextos – e a sua atuação é sempre e sempre indispensável, não podendo ser suprida pela ação que foi feita pelo legislador, em razão da necessidade prática da adoção de uma solução para os conflitos concretos que se apresentam – havendo o indispensável recorte que exige a proibição do *non liquet* e impede a busca hermenêutica de um inesgotável *regressus in infinitum*,²⁴⁵ de modo que a existência do juiz, do decididor, é imprescindível, sendo a legislação positiva *a priori* incapaz de decidir sem a ação decisória ulterior referenciada ao caso e sem a qual não há como se conceber a existência de um direito normativo.

O discurso estritamente jurídico (dos juízes) deve ter a pretensão de convencimento do auditório universal, já que a decisão racional deve ser coerente e, portanto, deve revestir características de generalidade e coerência sistemática; e quem quer convencer a todos deve ser imparcial.²⁴⁶ O juiz deve ser desinteressado no e estranho ao caso, daí a neutralidade de sua passividade procedimental – a qual não representa ascese política, pois ele também é um ser-no-mundo imbuído de uma pré-compreensão e, durante e após seu trabalho, de uma compreensão atual, e não um Hércules situado em um ponto arquimediano –, não devendo ser chamado a decidir *in re sua*, mas sim a ser um garantidor do direito das pessoas concretas.

A imparcialidade e a estraneidade ao caso exigem a ação das partes

²⁴⁵ Aliás, pode-se falar de uma dupla finitude do direito, e, como lembra Sebastián Soler, “A limitação do retrocesso fundante, além de ser um aspecto formal de toda estrutura jurídica, é concretamente uma característica positiva de todo sistema vigente de direito. A coisa julgada insere-se nessa estrutura fechada. Não recebe sua validade de nenhum sopro carismático que lhe infunde o órgão do Estado; é que todo sistema jurídico autolimita não apenas o retrocesso fundante no sentido expresso acima, mas também o processo dedutivo, estabelecendo também aqui um limite além do qual não se pode ir. Num extremo da ordem jurídica está a Constituição, no outro, a coisa julgada; no direito [diferentemente da filosofia ou de algum pensamento livre], assim como não há ‘regressus’, tampouco há ‘progressus’ ‘in infinitum’, já que a essência deste último seria incompatível com aquela limitação. Toda regulação é, por natureza, limitada e limitante, [...]”. SOLER, Sebastián. *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 95-96.

²⁴⁶ Robert Alexy afirma que “Quem atua com parcialidade, desde que sincero, convence só aqueles entre os quais ele se encontra. Quem quer convencer a todos [ao auditório universal], deve ser imparcial. Isto pressupõe que ele apresenta também os respectivos contra-argumentos.” ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 176.

provocadoras da atuação do juiz – o postulado *nemo iudex sine actore* –, possibilitando que o juiz seja *super partes* ao menos procedimentalmente, ainda que deva convencer a si mesmo e que seja também um integrante da comunidade potencialmente atingida pela sua decisão, seja em razão do princípio irradiador da coerência sistemática, seja em razão da própria natureza difusa ou objetiva do conflito. A ação dos juízes deve revestir a natureza de *audiatur et altera pars*, de maneira que as partes tenham o direito de introduzir todos os argumentos que pretendam em condições as mais equânimes possíveis, e de participarem ativamente da construção da decisão judicial, influenciando-a por meio do pleno contraditório. Além de não poderem ser representantes de interesses, o que já é inerente à sua imparcialidade, os juízes devem também ser independentes em sua atuação, o que significa que devem ter poder para atuarem livres das pressões externas atinentes aos fatores reais de poder na sociedade, econômicos, políticos, administrativos, sociais etc., provindas não só de fora, mas inclusive do próprio corpo de magistrados do Poder Judiciário. E como apenas o poder detém o poder, a ação dos juízes apenas pode ser revestida de todas as características até aqui apontadas se os juízes forem investidos de poder político suficientemente forte para estarem livres dos demais poderes que pudessem embaraçar-lhes a independência e a liberdade para decidirem, para interpretar/realizarem o direito.

Eis o significado da neutralidade jurisdicional: a passividade procedimental, que não deve ser, e jamais é faticamente, confundida com a-historicidade ou a-politicidade do juiz. Os legisladores administrativos e legislativos não agem a partir de uma passividade procedimental; ao contrário, são o campo sobre o qual e por meio do qual tipicamente agem os fatores reais de poder na sociedade. A sua própria existência é estruturada para ser a voz e os braços desses personagens. Legislação e administração constituem a arena política no sentido mais usual da palavra, que envolve o jogo da política partidária e os interesses dos diversos grupos de pressão. São os legisladores que revestem a forma mais saliente e difundida do princípio democrático por meio da sua (suposta) legitimidade democrática, confundida sobremaneira com democracia procedimental. No (também suposto) embate entre democracia e constitucionalismo, que é em verdade um confronto entre procedimentalismo e substancialismo, a opção constitucional por uma democracia substancial exige a atuação contramajoritária de um Poder Judiciário imparcial e com poder político, e, em um Estado social, superlativamente chamado à

concretização constitucional e da ordem jurídica. Assim, o Poder Judiciário imbuído de poder político também faz política, mas a sua passividade procedimental o posiciona no exercício de uma política judiciária, ou jurídica, essencialmente diferente da política partidária representativa de interesses e de forças. O legislador tem como elemento fisiológico de sua constituição a *parcialidade*. Mesmo nos regimes mais abertos e democráticos, é da própria natureza da ação do legislador a sua pró-atividade procedimental e a sua parcialidade em prol da defesa dos grupos representados, esta é a via própria de expressão da democracia procedimental e majoritária. Ainda que não escape da atuação do legislador a dimensão democrática substancial, naquilo que se refere à busca pelo “bem comum”, apresenta-se o Poder Judiciário como garantidor da democracia substancial por meio das virtudes passivas inerentes à sua forma de ação. A aparente tensão entre democracia e constitucionalismo resolve-se no aprofundamento do conceito de democracia substancial segundo o direito que passou a ser positivado após a incorporação do sufrágio universal, que é um direito de bem-estar e de emancipação civilizatória para todos, em um ambiente onde grassam, muito mais do que apenas o respeito e a tolerância, a convivência harmônica e a inclusão das minorias e dos diferentes.

A criatividade do decisor é inerente à existência do direito em todos os tempos e sistemas jurídicos, mais ressaltada nos que concebem o direito precipuamente como direito jurisprudencial, do que em outros; razão pela qual as teorias pós-positivistas e a teoria estruturante do direito, em especial, não foram concebidas especificamente como teorias exclusivamente inerentes ao modelo de Estado de bem-estar social contemporâneo, mas sim como modelos de teoria jurídica vinculados a sistemas jurídicos cuja etiologia seja alicerçada em preceitos democráticos e de legalidade. A noção estruturada de norma jurídica que incorpora o âmbito da realidade não é uma “novidade” propiciada pela práxis jurídica do século XX, e bem poderia descrever (e prescrever) a operacionalidade prática do direito pelo menos desde a instauração do constitucionalismo liberal formalmente democrático. Por certo, como já se afirmou, a concepção de uma teoria da norma não se faz dissociada de uma teoria constitucional (ou teoria sobre o direito substancial) e, nessa correlação, existe uma inegável interdependência entre a evolução dos conteúdos materiais e das dinâmicas institucionais da realização do direito e a sensação propiciada de crescimento do ativismo judicial a partir da progressiva instauração do Estado providência ao longo do século XX. Ou seja, se a

teoria estruturante e os pós-positivismos não devem ser vistos como peculiares ao Estado social, eles se desenvolveram, certamente, a partir de paradigmas de teoria do conhecimento e de problemas hermenêuticos contemporâneos aos seus desenvolvimentos. Nessa perspectiva, é não apenas cabível, mas mesmo importante traçar o paralelo entre as mudanças acarretadas ao estado e ao direito a partir do aprofundamento da democracia, e as correlatas “crises” do estado e do direito, e o esplendoroso aumento da percepção da realidade da criatividade judicial, a ponto de esta não poder mais ser mínima e coerentemente negada por posturas formalistas.

O direito pode ser visto por algumas teorias como uma superestrutura conservadora cuja função é basicamente manter o *status quo* da dominação real entre os grupos sociais. Apesar do alto teor de acerto dessa visão, pode-se acrescentar que as bases institucionais para a dominação sempre foram também procedidas a partir do marco jurídico. O direito tem, e sempre teve, ao menos desde a institucionalização do estado nacional, um papel transformador da sociedade e das relações sociais e institucionalizador da dominação. É certo que seu papel transformador é instrumental e não é desconectado dos fatores reais de poder presentes na sociedade. Mas essa dependência não desnatura a imprescindibilidade do papel do direito para a promoção da transformação social – seja esta na direção reacionária e conservadora ou progressista e emancipatória.²⁴⁷

Os conceitos de propriedade privada e de liberdade contratual de indivíduos livres e iguais foram invenções jurídicas congênicas ao constitucionalismo liberal²⁴⁸ que propiciaram a ascensão de um novo tipo de sociedade na virada do século XVIII para o XIX, a qual, pela primeira vez na história da humanidade, como argutamente ensina Polanyi, “a motivação do lucro passa a substituir a motivação da subsistência”.²⁴⁹ O direito tem um papel transformador da realidade tão relevante que foi capaz de institucionalizar, alterando e conformando a realidade, uma

²⁴⁷ A dicotomia maniqueísta aqui é apenas um recurso para a simplificação e a síntese de sentido.

²⁴⁸ Paulo Bonavides lembra Vierkandt (1921) ao dizer: “Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina ‘a apregoada liberdade, como Bismark já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome’”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 61.

²⁴⁹ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 60.

economia supostamente baseada no “livre-mercado”, artificialmente criado e mantido pelo direito do estado, diametralmente contrário ao que quer fazer crer a doutrina liberal: “Na Europa Ocidental, o comércio interno [o ‘livre-mercado’] foi criado, na verdade, por intervenção do estado”.²⁵⁰ Não é apenas o direito do Estado de bem-estar social que pretende transformar a realidade, apesar da cantilena rotineira nesse sentido, mas todo direito normativamente eficaz reveste a mesma pretensão, ainda que de maneiras menos evidentes ou mais escamoteadas.

Não é de se estranhar que o colapso da sociedade liberal do século XIX tenha provocado, além da extrema miséria do povo, da maximização da exploração dos homens pelos homens em níveis jamais existentes até então, e das grandes guerras, também as intensas lutas sociais e suas respectivas teorias libertárias que acabaram por desembarcar na institucionalização do sufrágio universal, o qual pela primeira vez incorporou ao processo político a maioria das pessoas efetivamente componentes do povo real e concreto, até então alijadas da cidadania (a soberania era nacional e não popular); marco que instaura, finalmente, um regime que pode ser chamado de democrático.²⁵¹ A democracia recém conquistada foi o principal motor das grandes transformações pelas quais passaria o direito e o estado a partir do início do século XX.²⁵² Perde-se a crença nas possibilidades de êxito de um “livre-mercado” e no apequenamento do estado, meramente garantidor (e nisso gigante) da exploração econômica e supostamente neutro e alheio aos conflitos sociais.

A democracia passa a exigir a refundação de um novo tipo de estado que conscientemente intervém na esfera econômica e na atividade privada, que abandona o seu papel garantidor dos mais fortes (a dita “neutralidade”), e passa a ser o instrumento de um novo projeto emancipatório e civilizatório da humanidade. O estado deixa de ser o inimigo^{253,254} e passa a ser condição de possibilidade da

²⁵⁰ Ibid., p. 84.

²⁵¹ Ainda que a democracia real tenha suas deficiências, especialmente em países em que grande parte da população é excluída dos patamares mínimos de educação e de condições materiais de vida, é por meio dela que podem ser superados os atrasos civilizatórios. A democracia é caminho para a emancipação, e não empecilho.

²⁵² Os festejados marcos institucionais das Constituições do México, em 1917, de Weimar, na Alemanha, em 1919, além das alterações inerentes ao *New Deal* após a grande crise de 1929 são apenas exemplos de um processo progressivo e que se generalizou no Ocidente.

²⁵³ Por que não dizê-lo, o inimigo dos explorados e o amigo dos exploradores, precípua e genericamente.

²⁵⁴ Em visão apropriadamente atual, Eros Grau estatui que, hoje, “a constituição não significa a defesa do povo contra o Estado. O inimigo não é o Estado, mas [sim] o Estado a serviço dos interesses privilegiados”. GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo:

organização racional no caminho da realização das chamadas *promessas da modernidade*, a esperança de que todos possam ter (ao menos) o mínimo existencial para sobreviver com dignidade esteada nos postulados de justiça social e econômica.

O Estado social assume múltiplas tarefas no sentido da promoção do bem-estar social e dos parâmetros básicos de igualdade material. Como não poderia deixar de ser, a sua instituição foi fruto de determinação legislativa positiva dos Executivos e dos Legislativos pelo Ocidente, e não da criatividade dos juízes, tradicionalmente tendentes ao conservadorismo e, no caso, chegaram a ser ativistas no sentido de embaçar os reformismos socializantes, como o exemplo da rejeição inicial da Suprema Corte do EUA às medidas do *New Deal*. O protagonismo estatal progressivamente incorporou as tarefas ligadas à área da política social, criando-se o direito do trabalho, a seguridade social e o direito à saúde; a previdência social, a assistência social e o direito à educação; a regulação dos mercados financeiros e, paulatinamente, o recrudescimento da intervenção na economia, por meio de legislação concorrencial, antimonopolística e antitruste; o controle estatal das “externalidades” inerentes à atividade econômica privada;²⁵⁵ foi elaborada toda uma nova noção de serviço público; foram atingidas desde as áreas dos transportes à agricultura, da matriz energética à indústria de base; e a extensão do setor público chegou a um controle generalizado do estado sobre a economia, buscando o pleno emprego e a justiça social, além da atuação sobre setores não-lucrativos, culturais e, finalmente, a ação sócio-ambiental.

O deslocamento do eixo intervencionista do estado, que deixou de ser simples garantidor das condições de manutenção da liberdade e da propriedade individuais de matriz liberal para tornar-se promotor das condições de igualdade material (em níveis minimamente aceitáveis), ensejou não apenas o agigantamento do aparelho e das funções estatais, mas também alteraram as próprias características do modo de se legislar e a natureza da legislação. A legislação com finalidade social não se encaixa facilmente no esquema tradicional de simplesmente

Revista dos Tribunais, 1985. p. 25-26.

²⁵⁵ Externalidades, para a economia liberal, são os efeitos colaterais indesejados inerentes às decisões dos atores privados em matéria de produção e consumo. Para uma teoria “social”, ou uma que leve à sério o que acontece na realidade, as externalidades são inerências internas aos respectivos modos de produção, logo, são verdadeiramente *internalidades*.

formalizar regras atributivas de direitos abstratos baseados na dicotomia “lícito” e “ilícito” e de caráter aparentemente técnico e formal. As tarefas da legislação ficam extremamente mais complexas (e volumosas) ao abandonar o campo da mera ficção abstrata para envolver-se com os problemas da realidade e pretender conformar esta mesma realidade no sentido da emancipação racionalmente apreensível. A legislação passa a trabalhar com *standards* que são finalidades, objetivos e direções dos programas governamentais, e, correlatamente, transfere o marco normativo para uma intensa atividade legislativa secundária, infralegal, regulamentar ou regulatória, de caráter freqüentemente técnico. Além disso, a invasão dos diversos campos de atividade pela normatização estatal aumentou muito a quantidade de legislação a ser feita e refeita – uma legislação de massa para a sociedade de massas em que as massas devam ser incluídas no processo normativo-democrático. Essa legislação abundante, finalística e técnica rapidamente se revelou incompatível com as formas tradicionais de se legislar, acarretando uma profunda crise dos Legislativos e do conceito clássico de legalidade. Outro resultado foi o deslocamento do centro da legislação para o Poder Executivo e para uma miríade de órgãos, agências e aparatos administrativos – a formação de um *estado administrativo* caracterizado pela hipertrofia do Poder Executivo e seus tentáculos e pela tentativa de crescimento dos Legislativos, estacados diante de sua impossibilidade estrutural de acompanhar o ritmo e a natureza das novas demandas.²⁵⁶

O crescimento exponencial da atividade legislativa típica do *welfare state*, não apenas quantitativo, mas também qualitativo, no sentido do seu contato com a realidade e a imanente tecnicidade, descortinou aquilo que sempre caracterizou a atividade jurisdicional – a criatividade judicial. Agora vista como ativismo judicial em um ambiente de supertensão entre as demandas constitucionais por legislação e as possibilidades legiferantes dos poderes normativos – sobretudo o Executivo e suas agências, e o Legislativo. O ativismo judicial não é, assim, uma novidade do Estado providência, tendo desde sempre caracterizado toda ação jurisdicional. As características qualitativas e quantitativas do *welfare state* apenas tornaram mais

²⁵⁶ A atuação legislativa dos órgãos do Poder Executivo e da administração indireta, inclusive as suas “agências reguladoras”, por vezes festejada como “técnica”, é caracterizada pelo baixo grau de representatividade democrática (pretende-se mesmo a despolitização total das agências) e do igualmente baixo grau de controle político-jurídico sobre a sua atuação.

visível essa realidade. Concomitantemente, as formas marxistas e pós-marxistas de se pensar a realidade criaram novas perspectivas epistemológicas mais conectadas com a práxis e menos metafísicas e formais, o que também contribuiu para a nova visão sobre a tarefa do decididor de conflitos.

O fato já demonstrado da imprescindibilidade do papel do decididor para a implementação de qualquer legislação, com o seu aporte criativo, pois o texto da norma jamais contém em si a norma, propiciou um duplo fenômeno ao longo do desenvolvimento do Estado de bem-estar social: (a) o agigantamento respectivo do Poder Judiciário, tornando proeminente o ativismo judicial, naquilo em que este conseguiu acompanhar a demanda por implementação normativa, são exemplos desse movimento a formação e/ou consolidação das jurisdições constitucionais especializadas (a institucionalização das Cortes Constitucionais europeias e o crescimento do ativismo da Suprema Corte Estadunidense) e o crescimento sem precedentes do controle jurisdicional da atividade administrativa (sendo a positivação legislativa, em grande parte, feita a partir de marcos administrativos); e (b) nos setores e nos lugares em que o Poder Judiciário não acompanhou o agigantamento normativo, foram instituídos organismos parajudiciais ou quase-judiciais, de natureza pública, mista ou privada, como agências, conselhos, julgadores administrativos, árbitros, *ombudsmen*, etc., os quais assumiram para si o lugar deixado vazio pelo Poder Judiciário, já que as novas atividades e a nova legislação não podem prescindir de julgadores respectivos. O cenário jurisdicional real, hoje em dia engloba, uma gama complexa, diversificada e fragmentária de decididores não apenas inseridos no Poder Judiciário tradicional, mas também por meio de uma plêiade de atores administrativos, privados e híbridos.

Paralelamente, o aprofundamento da democracia fez evoluir as formas de organização da sociedade civil em entidades que representam os diversos grupos de interesses, muitas vezes coligados ou sobrepostos aos entes estatais. Mauro Cappelletti observa que, ao lado do *Big Government* representado pelos poderes políticos do Executivo e adjacências e do Legislativo, forma-se um *Big Business*, um *Big Labor* e um *Big Organization*, e, para fazer face a esse gigantismo público e privado, é indispensável um *Grande Judiciário* que seja um contrapeso eficaz.

Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção de jurisdição como função meramente declarativa, passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um “grande judiciário” estiver empenhado na

tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência.²⁵⁷

Deve-se ressaltar a íntima relação entre o aprofundamento da democracia propiciado pelo sufrágio universal e o florescimento do Estado de bem-estar social, o qual estabeleceu o agigantamento do estado e das organizações privadas de modo a tornar visível e sensível a criatividade, sempre necessária, dos decididores, integrantes ou não do Poder Judiciário formal. As normas jurídicas (em geral) jamais existiriam sem os respectivos decididores de conflitos, e o aumento exponencial no volume, nas áreas de abrangência e a alteração da própria natureza da legislação exige um novo papel também dos juízes. Novo não no sentido substancial, pois o ativismo sempre esteve presente, mas no sentido quantitativo e na percepção de sua função. A partir da divisão de funções e dos iminentes mecanismos de freios e contrapesos entre os diversos ramos formais do poder estatal, a correção funcional constitucionalmente adequada não se compadeceria com uma hipertrofia executiva e legislativa e a manutenção de um Judiciário pequeno nos moldes do Estado liberal. O Poder Judiciário naturalmente precisa acompanhar o mesmo movimento, e a alternativa, diante da sua eventual inércia e da manutenção da suposta neutralidade à moda do *self-restraint*, seria não o estabelecimento de um vazio decisório, mas sim a transferência do poder decisório efetivo para outras instâncias públicas ou privadas, inclusive as integrantes dos próprios poderes emanadores de legislação, hipótese em que estes estarão crescendo em funções novas não previstas na constituição – e não simplesmente mantendo o *status quo* da tripartição de funções do constitucionalismo liberal.

A controvérsia não está em se manter ou não um modelo de divisão de funções anterior ao Estado social. Diferentemente, está em decidir-se a quem atribuir as novas funções decisórias que não existiam anteriormente, já que o próprio estado não tinha funções nessas áreas, razão da insuficiência do discurso liberal como base para a discussão. Não se está posicionando francamente a favor de um ativismo judiciário *per se* ou que fosse suficiente em si mesmo como emanado de elementos

²⁵⁷ CAPPELLETTI, op. cit., p. 61.

de política jurídica ou de teoria da justiça.²⁵⁸ Está justamente defendendo-se um ativismo judicial consentâneo com a correção funcional adequada segundo o direito constitucional positivo do Estado Democrático e Social de Direito, conforme o instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, a partir da concepção de que o direito é político e de que jamais existe neutralidade na sua realização, nunca existe efetivamente um *self-restraint* judicial. Ou, em outros termos, as posições tradicionalmente chamadas de “auto-restritivas” da ação do Poder Judiciário determinam que haja uma efetiva *ação judicial* em favor de outras instâncias de poder. Sob certo ângulo de vista, não são exatamente uma pretensa despolitização do Poder Judiciário, mas uma politização a serviço de outras instâncias decisórias, escamoteadas e/ou irrefletidas, ainda que se possa chamar isso de “despolitização”, no sentido da instrumentalização subordinada da ação jurisdicional.²⁵⁹

7.3 A PÓS-MODERNIDADE EPISTEMOLÓGICA

Afirmou-se, no item precedente, que o direito sempre tem (também) a pretensão e a função de transformação da sociedade, o que não exclui a sua concomitante função de preservação de certos padrões do *status quo*, em um jogo dinâmico que é próprio da vida e da inerência política do direito. É verdade que o discurso inserto nos textos legislados e a teoria jurídica, especialmente na tradição do direito natural, mas também no positivismo caudatário do estado liberal, comumente encobrem a função transformadora do direito; mas uma análise de baixo para cima permite asseverar essa perspectiva transformadora, mais ou menos intensa, em qualquer ambiente em que o direito tenha efetividade normativa.

²⁵⁸ Lembre-se de que “O procedimento honesto em termos de método deve também estacar diante da tentação de passar por cima [überspielen] da *distinção e correlação das funções da concretização do direito*, normatizada pela constituição; deve satisfazer justamente no direito constitucional as exigências que e.g. o direito dos EUA circunscreve nos motes ‘political question’ e ‘judicial self-restraint’”. MÜLLER, *Métodos...*, 2000, *op. cit.*, p. 107.

²⁵⁹ Ainda que não seja o foco no presente trabalho, em prol do chamado ativismo judicial existem ainda os argumentos pragmáticos e utilitaristas ligados à apreciação positiva dos resultados atingidos e/ou atingíveis em um contexto efetivamente democrático-social, como lembra Christopher Wolfe: “Uma defesa possível para um poder judicial em expansão é, simplesmente, a satisfação com os seus resultados. A prova do pastel está em seu sabor, argumentam os defensores do Tribunal moderno, e o ativismo judicial – qualquer que seja a sua receita – tem produzido muito bem e pouco mal”. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*, p. 26-27.

Em especial, o direito do estado de bem-estar social não se legitima em alguma pseudoneutralidade, mas sim na vontade democrática transparente de transformação da realidade na direção da justiça social, impressa expressamente nos textos constitucionais, procedendo-se à constitucionalização do direito infraconstitucional global, incluindo a publicização do direito privado, e à filtragem constitucional, em que a legitimidade é remetida à constitucionalidade.²⁶⁰ Na dicção de Boaventura de Souza Santos, acontece a passagem do direito como elemento demarcador de limites externos da prática social para a modulação interna da prática social, intensificando-se radicalmente a *instrumentalidade* do direito. (grifo nosso).²⁶¹ Jürgen Habermas traduz essa instrumentalidade transformadora do direito do Estado social como a superação de um modelo liberal de direito reativo, bipolar e pontual. Segundo suas palavras:

O modelo clássico de normatividade atua de forma “reativa, bipolar e pontual”. Reativo porque pressupõe um evento externo que se revela um “estorvo”, bipolar por ser limitado à relação entre o Estado e seus críticos e pontual porque se esgota na eliminação de determinados “estorvos”. O Estado social acaba por transformar o juiz em “legislador implícito”, restando a dogmática jurídica inundada por questões técnicas inéditas e desafiantes, decorrentes do influxo do exercício de atividades pertinentes (e até então restritas) à função legislativa, verificando-se ainda uma “sobrecarga da base de legitimação do Poder Judiciário” bem como o crescente tensionamento na “racionalidade do exercício do direito”.²⁶²

O novo direito social é caracterizado, nessa esteira, por ser *pró-ativo*, *multifário* e *inaugurador*, na medida em que explicitamente toma para si a responsabilidade pelos problemas da sociedade e a função de intervir para a promoção das condições de civilidade para todos. É multifário porque não se restringe apenas às relações entre o estado e os indivíduos, mas envolve também as relações sociais entre os particulares – a eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais, inerente à constitucionalização da vida privada –, e inaugurador, no sentido de promotor das finalidades democraticamente estabelecidas.

Traz em si um novo constitucionalismo de libertação e progressista,

²⁶⁰ Paulo Bonavides equipara o princípio da legitimidade ao da constitucionalidade no âmbito do Estado social. BONAVIDES, op. cit., p. 9.

²⁶¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 149.

²⁶² HABERMAS, 1997 apud SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 87.

comprometido com a igualdade material entre as pessoas, afastando-se da igualdade meramente formal que entronizava a liberdade (também abstrata) estritamente individual. A “revolta contra os formalismos” impede que continuem sendo vistas igualdade e liberdade que existem apenas para muito poucos e que estão completamente fora da realidade da maioria das pessoas que compõem o povo. O constitucionalismo do estado social sobreleva a importância da democracia substancial e caminha no sentido da justiciabilidade dos direitos fundamentais, sendo um constitucionalismo emancipador que não se conforma com a metafísica do conhecimento jurídico próprio do esquema sujeito-objeto, formalista, descompromissado com as conseqüências concretas dele decorrentes. Substitui-se a democracia meramente representativa de poucos pela democracia substancial e participativa de todos – do povo constituinte da comunidade ativa e realizadora dos direitos.²⁶³

A mudança em direção ao estado-providência caracteriza-se pela crença e pela confiança nas possibilidades da construção racional de um projeto civilizatório e emancipador a ser desenvolvido e desempenhado pelos seres humanos, com destacado protagonismo instrumental da sua organização político-jurídica fundamental – o estado. E, no que se refere a ser um projeto civilizatório, o estado social não representa exatamente um rompimento com os pressupostos do projeto da modernidade,²⁶⁴ significando sim um aprofundamento desse projeto.²⁶⁵ No estado

²⁶³ Os ataques aos limites das potencialidades da democracia não lograram êxito em deslegitimar o aprofundamento do projeto democrático de inclusão social-política do povo.

²⁶⁴ Ricardo Maurício Ferreira Soares lastreia-se em Boaventura de Souza Santos para categorizar que “o programa moderno é constituído pelos pilares da regulação e da emancipação. Esses pilares configuram-se como vetores societários em constante entrelaçamento, vale dizer, forças sociais em permanente tensão dialética. O pilar regulatório engloba as instâncias de controle e heteronomia. De outro lado, o pilar emancipatório expressa as alternativas de ampliação da personalidade, ensejando rupturas, descontinuidades e transformações. O pilar da regulação assenta-se em três instâncias diretivas de conduta: o *mercado*, espaço em que a consecução dos interesses privados conflui para o bem comum; o *estado*, ente político detentor do monopólio da coerção organizada; a *comunidade*, como referência à unidade e à integração horizontal dos membros de uma coletividade. Por sua vez, o pilar da emancipação resulta do concurso das racionalidades libertárias: a *racionalidade cognitivo-instrumental* da ciência e da técnica, edificadora de um saber a serviço do homem; a *racionalidade estético-expressiva* das artes e da literatura, impulsionando a imaginação, a criatividade, o rompimento das fronteiras delimitadoras do mundo real; e a *racionalidade moral-prática* da ética, que propicia a ação humana autodeterminada, livre de interferências comportamentais.” SOARES, Ricardo Maurício Ferreira. O projeto da modernidade e o direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, jul./set. 2000. p. 263. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_147/r147-21.PDF>. Acesso em: 19 dez. 2008.

²⁶⁵ Todas as “[...] transformações ao nível da regulação tiveram por objectivo ou conseqüência redefinir o projecto da modernidade em termos do que era possível na sociedade capitalista, atirando para o lixo

liberal de livre mercado e democracia formal elitizada, o projeto da modernidade tinha como sujeito um ser abstrato universal, o que se traduz em um projeto em favor dos mais fortes, de uma minoria que efetivamente toma para si os seus destinos e o destino da sociedade, com a exclusão da maioria do povo. O surgimento de democracias mais compreensivas, por meio do sufrágio universal, fruto das intensas lutas dos trabalhadores, e da profunda crise causada por um sistema econômico no qual a sociedade real é apenas um acessório do sistema econômico baseado no lucro e não na subsistência – a derrocada do estado liberal – deslocou o eixo do projeto da modernidade para a emancipação não mais de um homem abstrato, mas de todas as pessoas reais que vivem e participam da comunidade e que têm carências, medos e esperança de superação do reino das necessidades, permitindo construir o seu próprio destino conforme as promessas civilizatórias proporcionadas pela “Razão”. No pilar regulatório, equilibram-se os fatores ao se entronizar o papel do estado e reduzir-se o, até então, superdimensionado mercado.²⁶⁶

Mas, no plano da teoria do conhecimento, o estado social ainda se move (pelo menos no período anterior ao ataque neoliberal) de acordo basicamente com os pressupostos epistemológicos objetivistas e universalistas do esquema sujeito-objeto próprio da modernidade – a “Razão” continua, em grande medida, moderna.

Ademais, no plano do conhecimento, nota-se, com o advento do *positivismo científico* de Augusto Comte, a hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental. O modelo positivista de ciência enfatiza a experimentação, o uso de uma metodologia indutiva, a neutralidade axiológica e o conseqüente distanciamento entre o sujeito e o objeto. Esse paradigma positivista é adotado pelo sociologismo eclético, que reduz a totalidade da experiência jurídica à sua dimensão fática. Cumpre salientar ainda o surgimento, no período entreguerras, da teoria pura de Hans Kelsen, cuja natureza essencialmente lógico-formal implica a concepção do direito como um sistema escalonado de normas, depurado de apropriações fáticas

da história tudo o mais”. SANTOS, op. cit., p. 85

²⁶⁶ No modelo ocidental de estado de bem-estar, o mercado permanece como um fator extremamente importante, na medida em que são mantidas a propriedade privada dos meios de produção e a liberdade contratual – diferentemente das opções socialistas de planificação econômica –, mas essas não são mais vistas como absolutamente individuais, mas sim como fatores que são manejados em função do interesse comunitário (coletivo, social, público) instrumentalizado e conduzido pelo estado. Aponta-se, não sem alguma razão, que o estado social é a alternativa do mercado às revoluções socialistas, mantendo-se, assim, numa trilha de continuidade do estado liberal, ainda que deslocando o eixo para a igualdade em detrimento da liberdade.

e valorativas.²⁶⁷

E aqui percebemos fortemente que a história não é linear e nem é necessariamente uma história com um movimento direcionado rumo ao progresso, segundo alguma teologia salvacionista, sendo normalmente uma viagem em ondas, com seus fluxos e refluxos – ainda que, repita-se, o projeto constitucional global permaneça hoje como ontem e antes de ontem um projeto emancipatório,²⁶⁸ enquanto idéia fundamental norteadora da ação humana, pelo menos o projeto constitucional de sociedades que adotam constituições de teor social-democrata progressista como a brasileira. A crise de paradigmas que acometeu o estado, o direito e a própria teoria da ciência, e que é normalmente considerada como situada a partir dos anos sessenta do século passado, é caracterizada tanto pela superação dos pressupostos iluministas da modernidade – rotulada como “pós-modernidade”²⁶⁹ – no que concerne à teoria do conhecimento; quanto pelo refluxo neoliberal da centralidade do mercado, ditado pelas economias dominantes sob o signo, ou *slogan*, da “globalização”, notadamente a partir dos anos oitenta. Acontece que o Brasil, assim como normalmente os estados “periféricos” que foram e continuam sendo explorados ao longo do tempo, jamais realizou efetivamente as condições emancipatórias da modernidade para a esmagadora maioria da sua população. O Brasil chega à “pós-modernidade” “sem ter conseguido ser liberal, nem moderno”.²⁷⁰ O tempo paradoxalmente contém em si a não-simultaneidade da história e do viver, como atesta o déficit avassalador de realização do projeto constitucional tal como ele se encontra positivado no Brasil desde que adotamos a direção do *welfare state*,

²⁶⁷ SOARES, op. cit., p. 269.

²⁶⁸ Ontem, o estado providência típico do entreguerras até os anos setenta. Antes de ontem, o constitucionalismo liberal, ainda que a liberdade ali significasse a liberdade para a exploração irrefreada do homem e da natureza.

²⁶⁹ Não se olvida a existência de contundentes críticas à conceituação de uma pós-modernidade, o que não elimina a sua utilidade enquanto designação do movimento de superação epistemológica da teoria sobre o conhecimento e a ciência de cunho universalista-objetivista da modernidade. Como afirma Katya Kozicki, “Pós-modernidade, aqui, vai ser entendida muito mais no sentido de ressaltar algumas das deficiências existentes no pensamento moderno para, então, pensar como as mesmas poderiam ser revistas” [sem regresso às categorias pré-positivistas]. KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 328.

²⁷⁰ Na síntese de Luís Roberto Barroso, para quem o Brasil “chega ao século XXI atrasado e com pressa” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

cujo marco inicial pode ser colocado a partir da Constituição de 1934. Déficit que se perpetua sob a égide da Constituição Federal cidadã de 1988, o que se revela ainda mais grave, na medida em que é a constituição mais democrática e comprometida com a emancipação social que jamais positivamos.

Desde que Albert Einstein divulgou sua teoria da relatividade e galvanizou o caminho para o surgimento da física quântica²⁷¹, progressivamente passou-se à concepção de que o observador é sempre co-constituído do objeto que se está a observar, demonstrando a interferência do sujeito no objeto, sempre inevitável – não existe neutralidade nem objetividade no sentido universalista –, influencia o objeto a tal ponto que ele se altera entre o início e o fim da observação, os paradigmas epistemológicos da teoria da ciência moderna estão em transição para um novo patamar de racionalidade, que vem sendo chamado de “pós-modernidade”.

A própria tendência universalizante e sistemática do pensamento ocidental tem pretendido re-categorizar a integralidade do projeto da modernidade de acordo com a nova epistemologia pós-moderna, o que, em razão da extrema dificuldade ou mesmo da impossibilidade de tal empreitada – a qual incorre em grave contradição interna, já que não mais se procura por totalidades, mas sim por parcialidades controláveis, razão pela qual se fala em “mini-racionalidades”²⁷² –, tem ensejado não apenas as acesas críticas à existência de uma pós-modernidade – pois, para o pensamento segundo a “Razão” moderna, a pós-modernidade só seria possível se fosse um projeto completo da vida humana e social, a abranger os vários domínios do conhecimento –, mas também tem gerado a crise de enfrentamento dos problemas causados pelo refluxo da hipertrofia do padrão mercado como fundamento das relações econômicas.

A linearidade, a harmonia, a exatidão, a certeza, a ordem, a continuidade, a previsibilidade e a salvação pretendidas pela “Razão”, única e com letra maiúscula, correspondem a uma secularização das formas místicas monoteístas de pensamento pré-modernas. Porém ainda permanecem presas a uma metafísica idealista cujo descompasso com o mundo real e a vida é evidenciado pela viragem

²⁷¹ Albert Einstein publicou sua “Teoria da Relatividade Geral” em 1915, e ganhou o prêmio Nobel em 1921. Os alicerces da mecânica quântica foram estabelecidos durante a primeira metade do século XX por Albert Einstein, Werner Heisenberg, Max Planck, Louis de Broglie, Niels Bohr, Erwin Schrödinger e outros cientistas.

²⁷² SANTOS, op. cit., p. 102.

epistemológica pós-moderna, a qual supera o esquema sujeito-objeto, não mais isolando o observador. Assim como não se busca mais uma “teoria geral”, não existe exatamente uma única ciência ou “Razão”, mas sim ciências e formas de conhecimento distintas historicamente construídas – enquanto a ciência moderna era a senhora das certezas previsíveis, hoje, o conhecimento científico se caracteriza por sempre permitir o questionamento de suas premissas e, portanto, de suas conclusões, não sendo jamais um conhecimento acabado ou uma certeza absoluta, mas sempre o aprimoramento do conhecimento possível em graus de aproximação. Não mais “a Razão”, mas as plurais razões das mini-racionalidades que transformam o conhecimento científico em “senso comum”.²⁷³

Existe uma contradição entre a assunção de que o conhecimento só pode

²⁷³ “Duvida-se da exatidão científica. O conhecimento científico não mais comporta certezas absolutas e inquestionáveis. As leis e as generalizações da ciência, delineadas na forma determinística (*se x então y*), são relativizadas, denotando, ao revés, alta probabilidade de ocorrência dos fenômenos x estudados. Nesse sentido, são exemplos eloqüentes a física quântica, a teoria da relatividade e o princípio da incerteza formulado por Werner Heisenberg. Ainda no tocante à potencialidade e aos limites do conhecimento científico, cumpre mencionar a alternativa epistemológica perfilhada por Boaventura Santos. O insigne sociólogo refere-se a uma imprescindível segunda ruptura no campo da epistemologia. Se a primeira ruptura epistemológica consistiu na separação da ciência moderna do senso comum, a segunda ruptura se cristaliza na tentativa de converter a ciência num novo senso comum. Faz-se necessário, pois, a efetiva participação da comunidade na definição das prioridades científicas e no controle, mediante balizas éticas, do poder destrutivo da ciência. A necessidade de uma postura comunitária mais interventiva torna-se patente ao observarmos os danos ecológicos causados pelo uso desenfreado do conhecimento científico e os riscos de uma utilização inconseqüente da biotecnologia e da engenharia genética.

Opondo-se ao moderno paradigma de conhecimento, que prima pela distância existente entre o sujeito e o objeto da relação cognitiva, Boaventura Santos postula ainda uma nova forma de conhecimento. Deste modo, o modelo cognitivo preconizado por Boaventura Santos enfatiza a proximidade sujeito-objeto e o mapeamento do contexto cultural em que se processa o conhecimento. Nesse ponto, é possível traçar um paralelo com as ponderações de Thomas Kuhn, para quem a ciência se afigura como um fenômeno histórico dinâmico, um constructo sociocultural de uma comunidade humana. Kuhn foi o pioneiro de uma nova análise sobre o modo de desenvolvimento da ciência. Para ele, as modificações teóricas são transformações radicais no modo como os cientistas observam o mundo. De tempos em tempos, segundo Kuhn, os cientistas abandonam sua trilha linear e desencadeiam súbitas explosões criativas chamadas de *mudanças paradigmáticas*. O paradigma deve ser entendido como um sistema de crença que prevalece numa determinada comunidade científica. A transição de um sistema explanatório para outro constitui uma revolução científica. Nesse sentido, a obra de Kuhn leva ao reconhecimento de que os fundamentos do discurso científico e da própria verdade científica são, em última análise, sociais.

A ciência não se embasa numa observação neutra de dados, conforme propõe a teoria moderna. De acordo com o novo entendimento, o conhecimento científico não é uma compilação de verdades universais objetivas, mas um conjunto de investigações histórico-condicionadas, com amparo em comunidades específicas. Como reação ao modelo mecanicista de explicação dos fenômenos, tendente a compartimentar a realidade em esferas estanques, cumpre salientar o esforço intelectual do físico Frijot Capra. Para ele, a visão do todo deve prevalecer sobre a das partes. Seja no plano biológico, seja no social, é possível, segundo Capra, evidenciar uma imbricação necessária entre sistemas, seres, fenômenos e relações existenciais.” SOARES, op. cit. p. 271.

ser relativo e concebido em “mini-racionalidades” e a pretensão de permanecer com explicações globais do acontecer da sociedade. E a renitência dessa empreitada destinada ao fracasso aporta no campo da ciência do direito, na forma de permanência dos pressupostos positivistas mesmo em teorias que pretendem superá-lo, de modo que os neoconstitucionalismos de cariz atual não conseguiram suplantar o déficit de realidade provocado pelo positivismo que concerne aos direitos inerentes à dignidade integral e real da pessoa humana. E certamente não se quer ultrapassar o positivismo em direção a algum jusnaturalismo retrospectivo – a relatividade do conhecimento não significa a volta ao “caos catalogado” do direito natural.

Apesar da não-linearidade da história, o projeto do conhecimento deve acreditar nas possibilidades de progresso, o que é inerente a qualquer posição que se pretenda, emancipatória e progressista – e o direito positivado a partir de uma constituição como a Constituição Federal de 1988 acredita no progresso: ainda que assim não seja necessariamente a realidade, a luta e a utopia devem estar de mãos dadas na direção da emancipação das pessoas e dos grupos sociais. Por isso, é correta a asserção de André Gorz, para quem “O que estamos vivendo não é a crise da modernidade. Estamos experimentando a *necessidade de modernizar os pressupostos sobre os quais se baseia a modernidade*. A crise atual não é a crise da razão, mas a (...) dos *motivos irracionais da racionalização*, da maneira como esta tem sido buscada até agora.”²⁷⁴

A “pós-modernidade”, epistemologicamente, é o aperfeiçoamento contínuo dos pressupostos de secularização e de desmistificação das formas de conhecimento e de agir humanos, e, como os seres humanos são limitados e não são deuses ou semideuses, não são Hércules, a pós-modernidade diminui as expectativas de apreensão global do conhecimento e passa a trabalhar progressivamente com uma anti-metafísica. No âmbito do direito, por exemplo, substitui-se a objetividade (irreal e jamais existente) pela intersubjetividade limitada em termos de rendimento no que se refere à controlabilidade – e apenas assim se maximiza a própria controlabilidade, construída sobre bases reais e não ideais.

As críticas à existência de uma pós-modernidade podem ser procedentes

²⁷⁴ SOARES, op. cit., p. 264.

apenas quando esta é vista ainda como uma monolítica racionalidade conglobante dos diversos setores da vida. A pós-modernidade aferível refere-se especialmente à sensível viragem *epistemológica*, e deve, em princípio, ser circunscrita a esse aspecto – e, nesse sentido, ela é uma continuação da modernidade no seu projeto racional, mas rompe com ela ao substituir a “Razão” pelas razões plurais das “mini-racionalidades” históricas. Não que os novos pressupostos epistemológicos não se irradiem para a compreensão do mundo como um todo, mas as realidades econômicas, políticas e culturais inerentes ao nosso tempo, o qual pode ser não-simultâneo na sua complexidade (o que é um paradoxo), podem apresentar multifárias realidades que não sejam visivelmente reconduzíveis a um conjunto de regras comuns a todas pertinentes, pois o que existem são “razões”. O desenvolvimento das possibilidades de trabalho com as inerências epistemológicas da pós-modernidade está apenas engatinhando e os fenômenos da organização humana poderão ainda ser trabalhados de maneira plural e a partir de uma proximidade entre o sujeito e o objeto. Em outras palavras, o sistema econômico “capitalista desorganizado” próprio do período neoliberal, não é um sistema econômico “próprio” da pós-modernidade – aliás, a formação dos pressupostos epistemológicos desta provém dos estudos desde, pelo menos, a década de vinte do século XX (Einstein) – mas apenas um desenvolvimento subsequente do modelo hegemônico anterior e que permanece em constante transformação.

7.4 DA POSITIVAÇÃO À NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE UM DIREITO EMANCIPADOR

7.4.1 O Direito Constitucional Positivado e o Déficit de Efetividade das “Promessas da Modernidade”

Boaventura de Souza Santos aponta que é tempo para formular necessidades radicais em que se desenvolva a "consciência do excesso", que significa "(...) aprender a não desejar tudo o que é possível só porque é possível", e a "consciência do déficit", que significa "(...) aprender a desejar também o impossível",²⁷⁵ ou – sabendo-se que a ciência da “Razão”, a técnica ou ainda o místico, a serviço dos detentores do poder político e econômico, procuram reter o

²⁷⁵ SANTOS, op.cit, p. 106.

monopólio do saber e do poder, por meio das inexorabilidades insertas em seus discursos – devemos desejar o que *dizem* que é impossível. A partir da historicidade de um esquema de proximidade do sujeito com o objeto, as intersubjetividades plurais podem propiciar “um conhecimento prudente para uma vida decente”.²⁷⁶

As teorias do direito pós-positivistas, de maneira mais ou menos bem-sucedida, e certamente ainda em progressivo aperfeiçoamento, procuram navegar nas águas dos novos pressupostos epistemológicos pós-modernistas, e caminham, com destacado relevo à teoria estruturante do direito, em direção à construção de um *concretismo normativo* anti-metafísico, que apreenda gradualmente, na maior medida possível, a estrutura operacional do funcionamento do direito, que seja o mais fiel à práxis porém não-sociologista, isto é, que seja um direito normativo conforme as exigências do Estado Democrático de Direito, contribuindo para a melhora da sua realização prática.

Ainda que todo direito sempre seja político, e, mais restritamente, a função decididora de casos concretos seja também palco de questões e de decisões políticas, o modo de funcionamento da realização do direito, por um lado, diferencia-se do modo das disputas políticas *lato sensu* (incluídos os combates político-partidários) e, por outro lado, é espécie da qual a política *lato sensu* é gênero.

O direito de um Estado Democrático de Direito deve ser capaz de realizar com efetividade o direito democraticamente positivado na constituição e no ordenamento infraconstitucional, enquanto a política partidária e do enfrentamento das posições dos grupos sociais deve ser responsável pela determinação da legislação positiva, respeitando-se os preceitos de democracia substancial pré-positivados na constituição, que envolvem os direitos fundamentais contra-majoritários.

O problema fundamental do direito brasileiro reside justamente no altíssimo e aviltante déficit de efetividade do direito positivado, especialmente do direito constitucional e dos direitos prestacionais, econômicos, sociais e culturais. A questão básica no Brasil não é mais a positivação de direitos, mas a sua concretização, a sua implementação no mundo fenomênico. Nesse sentido, permanece aqui importante precisar o papel de uma teoria e de uma metódica

²⁷⁶ Ibid., p. 91.

jurídicas, ainda que isso possa parecer evidente. A teoria e o método jurídicos podem apenas efetivar na prática o direito democraticamente positivado, não sendo aptos a substituir a atividade política positivadora do direito. Isso significa que se o direito não for progressista, emancipatório e comprometido com a transformação qualitativa da realidade social, a atividade dos trabalhadores do direito que permaneça vinculada ao ordenamento jurídico não poderá contribuir muito no sentido da emancipação. Imprescindível, então, para o desiderato progressista, a conquista da maioria no jogo democrático da política partidária, de modo a poder alterar as fontes de direito no sentido emancipatório. Isso parece óbvio e não precisaria ser destacado.

No entanto, essa explicação é necessária para que se possa, agora, afirmar algo que deveria ser igualmente óbvio e incontestado, mas que remanesce controverso e fonte, em grande medida, da inefetividade do direito constitucional brasileiro: uma vez que o direito positivado, na constituição e no ordenamento infraconstitucional, seja um direito de viés progressista, emancipatório, de bem-estar social, comprometido com a realização das “promessas da modernidade”, passa a ser sim tarefa nuclear e inescusável do trabalho especificamente jurídico a implementação concreta do ordenamento, especialmente por meio da via jurisdicional, conferindo-lhe efetividade. Nesse sentido caminha a afirmação de Lênio Streck:

Para esse desiderato – a realização das promessas incumpridas da modernidade –, as teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica [e a teoria estruturante do direito] etc.), todas perfeitamente inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm um objetivo comum: *a superação do positivismo jurídico que se enraizou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição.*²⁷⁷

Mas a realização das promessas não cumpridas da modernidade não é um “direito natural” nem uma mera reivindicação política da maioria excluída. É sim uma imposição do direito brasileiro tal qual positivado a partir da Constituição Federal de 1988, a qual determinou um inequívoco marco de redemocratização após o extenso período da ditadura militar instaurada em

²⁷⁷ STRECK, *Verdade...*, op. cit., p. 278.

1964.²⁷⁸ A Constituição Federal de 1988, ao promover a revalorização da própria idéia de efetividade do direito e uma nova institucionalização central dos direitos fundamentais, constitui uma verdadeira plataforma emancipatória progressista e comprometida com a transformação da realidade social. Inaugurando um Estado Democrático de Direito, resgata a separação de poderes e seus mecanismos de freios e contrapesos, a Federação, a legalidade e a democracia procedimental e substancial. Insere-se definitivamente na gramática dos direitos humanos, típica das sociedades ocidentais de tradição constitucionalista, a partir da visão antropocêntrica fundamental e sintetizadora da *dignidade da pessoa humana*, base de toda a ordem jurídica nacional (e fundamento do Estado Democrático de Direito, art. 1º, III, da Constituição) e dos direitos humanos universais no âmbito internacional, traduzindo o projeto da modernidade no objetivo do *livre desenvolvimento da personalidade humana*.²⁷⁹

Na dicção de Flávia Piovesan, “Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país”.²⁸⁰ A centralidade e fundamentalidade dos direitos fundamentais é ressaltada pela sua posição topográfica, logo no início do texto constitucional, após os princípios fundamentais, e antes da organização do Estado e dos Poderes. Os direitos e garantias individuais passam a ser considerados expressamente como inerentes à identidade constitucional, ao serem cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º). O elenco dos direitos e garantias fundamentais incorpora as mais recentes conquistas civilizatórias do gênero humano, aprofundando os direitos de segunda e terceira (e, para alguns, quarta e até quinta) dimensões, fincando-se

²⁷⁸ A Constituição Federal de 1988 já é bem sucedida em empreender o mais longo período verdadeiramente democrático de nossa história republicana, marcada pelo passado autoritário e oligárquico, com o qual pretende romper, tendo sido eficiente em estabilizar o jogo democrático da política partidária e de avançar na cultura e no respeito aos direitos fundamentais, ainda que permaneça sob ataques contínuos e sofrendo do arraigado déficit de efetividade dos seus direitos.

²⁷⁹ Ou, na bela expressão francesa, *le libre épanouissement de la personnalité*, cuja tradução literal remete ao “livre desabrochar da personalidade”.

²⁸⁰ PIOVESAN, Flávia, *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. In: LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (Org.) *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 252.

não apenas nas liberdades públicas – direitos civis e políticos – como também no abrangente rol de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, em uma perspectiva socioambiental e publicística, instaurando um autêntico Estado Democrático e *Social* de Direito. Inclusive, pela primeira vez no Brasil, os direitos sociais foram expressamente considerados direitos fundamentais e não apenas fatores da ordem econômica. É arrolada toda uma ampla gama de direitos prestacionais positivados não apenas no título dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigos 6º a 11 e também o próprio art. 5º), mas também nos títulos dedicados à Ordem Social e à Ordem Econômica e Financeira.

A publicização do direito privado é sentida por meio do fundamento constitucional dos seus institutos básicos clássicos, a propriedade, a autonomia privada e a família, constituídos sempre conformes ao interesse público e ao interesse social. A intervenção do estado no domínio privado, especialmente o econômico, é sentida de maneira bem característica do *welfare state* a partir do fundamento do valor social do trabalho (art. 1º, IV, *in fine*) e do fundamento da Ordem Econômica baseado no primado do trabalho, com o objetivo de garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*).

A centralidade dos direitos fundamentais também se faz por meio da incorporação progressiva e decidida da maioria dos mais relevantes tratados internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento interno após e em virtude da Constituição de 1988, a qual inclusive estabeleceu o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º, II). Os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja parte devem (ou deveriam) ter *status* constitucional, não apenas em razão do fundamento da dignidade da pessoa humana e do rol dos direitos fundamentais, mas também em decorrência de ter o constituinte originário positivado que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais expressos não excluem outros direitos e garantias fundamentais que sejam (implícita ou expressamente) decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e pelos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil fizer parte (art. 5º, § 2º).²⁸¹ A concepção

²⁸¹ Não se olvida a jurisprudência que se consolidou originalmente no Supremo Tribunal Federal após 1988, no sentido do *status* ordinário dos tratados internacionais, mesmo dos que estabelecem

contemporânea dos direitos fundamentais e dos direitos humanos,²⁸² emergente da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, considera que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”²⁸³ e que “[a] democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente”.^{284,285} Flávia Piovesan ensina que está “[...] definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância”.²⁸⁶

direitos humanos; assim como a nova tendência do tribunal, firmada no RE nº 466.343-SP, de fortalecimento do *status* hierárquico, em que alguns ministros caminham para o reconhecimento da hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, ainda que aprovados anteriormente à EC nº 45/04 e por maioria simples. Há Ministros, p.ex., Min. Gilmar Mendes, que posicionam os tratados internacionais sobre direitos humanos com *status* supralegal e infraconstitucional. A despeito de ter sido propalada como firme no Supremo esta última posição – *status* supralegal e infraconstitucional –, ainda não está nítido qual posição prevalecerá no enfrentamento de outros temas envolvendo a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo possível, e constitucionalmente desejável, a evolução para a consideração de que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem *status* constitucional, independentemente do momento em que foram introduzidos na ordem interna, com supedâneo no art. 5º, § 2º. No caso específico do RE nº 466.343-SP, o Supremo inviabiliza a possibilidade de prisão civil do depositário infiel e das outras figuras a ele equiparadas pela legislação ordinária, como, em especial, o devedor-fiduciante em alienação fiduciária em garantia.

²⁸² A partir de uma visão *unificada* de direitos da dignidade da pessoa humana, possível e recomendada para o presente trabalho, que admite a identidade substantiva entre os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, os quais são integrantes da ordem jurídica interna, e os paradigmas internacionais de direitos humanos. A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 chega a se referir expressamente aos “direitos humanos fundamentais” no sexto parágrafo do item “A”, em uma visão integradora, aqui esposada.

²⁸³ Item A, 5, início.

²⁸⁴ Item A, 8, início. No mesmo sentido, a Resolução nº 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas estabelece que “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”.

²⁸⁵ Não se ouvida o embate fundamental entre universalismo e relativismo no que se refere às possibilidades de construção da teoria dos direitos humanos com o seu “mínimo ético comum” e sua “dignidade da pessoa humana”. Nesse debate, o Brasil se insere dentro da tradição ocidental constitucionalista e positivou em seu ordenamento jurídico o fundamento da dignidade da pessoa humana como vetor primordial do conjunto dos direitos fundamentais (Constituição Federal, art. 1º, III), além de reger-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais (CF, art. 4º, II), além de ter passado a incorporar muitos dos mais relevantes tratados internacionais sobre direitos humanos após a redemocratização institucionalizada pela Constituição Federal de 1988. Especialmente em um país multicultural como o Brasil, esses marcos institucionais não nos eximem de levar a sério o pluralismo inerente ao relativismo nas questões que envolvam direitos humanos; porém, o relativismo cultural não impede a apreciação que aqui se faz a partir da linguagem dos direitos humanos, positivada em nosso ordenamento constitucional, especialmente naquilo que essa linguagem traz de padrões emancipatórios e civilizatórios.

²⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, In.,

Não se pretende aqui fazer dogmática, mas apenas evidenciar que o direito constitucional brasileiro atualmente positivado é inegável e profundamente um direito publicista, de bem-estar social, emancipatório e comprometido com a transformação da sociedade rumo à justiça social, que não se deseja meramente simbólico.

7.4.2 Justiciabilidade dos Direitos Emancipatórios

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário brasileiro vem paulatinamente ampliando a justiciabilidade dos direitos constitucionais fundamentais, inserindo os conflitos individuais, coletivos e difusos no âmbito de apreciação tipicamente jurisdicional, sob a ótica da filtragem constitucional, propiciando a consideração de demandas constitucionais como direitos e, portanto, judicialmente exigíveis. A (re)valorização do direito e de seus instrumentos como fatores de realização do bem-estar social, apesar da guinada em sentido adequado, ainda padece de acentuado grau de inefetividade no Brasil de “modernidade tardia”, seja pela ineficiência das estruturas desses instrumentos ou pelas limitações dogmáticas e de teoria hermenêutica e da norma jurídica, seja pelo influxo da ideologia neoliberal, redutora do papel do estado, que combateu a positividade constitucional desde seu alvorecer.

É pertinente, nesse passo, fazer casuisticamente uma breve análise da evolução jurisprudencial pós-1988 no que tange a dois dos mais imprescindíveis e sensíveis campos de direitos emancipatórios: a saúde e a educação.

A Constituição de 1988 estabeleceu que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196), estabelecendo vinculações tributárias que garantem à saúde dotações orçamentárias específicas e próprias (art. 198), permitindo até a medida extrema da intervenção (federal nos Estados e no Distrito Federal; estadual nos Municípios) se não forem aplicadas as receitas correspondentes (art. 34, VII, e).

O Supremo Tribunal Federal considera o direito à saúde “conseqüência constitucional do direito à vida”, sendo “direito público subjetivo” e “prerrogativa jurídica indisponível”²⁸⁷, que deve prevalecer sobre as conveniências orçamentárias formuladas pelos administradores. Na dicção do Min. Celso de Mello:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.²⁸⁸

Com base no direito público subjetivo à saúde, judicialmente tutelável, compete ao Judiciário determinar o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas sem condições de provê-los sem prejuízo para o seu sustento e de sua família; e a pessoas portadoras de doenças graves, como, p.ex., a AIDS (em cujo âmbito a atuação brasileira tem sido considerada exemplar, não sem a interveniência ativa do Poder Judiciário²⁸⁹). A responsabilidade pela implementação de políticas públicas na área da saúde é comum entre todas as esferas da Federação, através do Sistema Único de Saúde, razão pela qual o direito subjetivo público a todas é imponível, solidariamente.²⁹⁰

O atendimento deve ser por meio do “tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”²⁹¹, e “visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade”.²⁹²

Esses preceitos estabelecem certas balizas ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. O tratamento deve ser o mais adequado e eficaz, e não qualquer tratamento exigido pelo requerente, razão pela qual o juiz deve perscrutar sobre a adequação no caso concreto. No entanto, não podem conveniências e opiniões da administração serem consideradas

²⁸⁷ STF – RE 271286 AgR/RS.

²⁸⁸ STF – Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 1, 3/2/1997, n. 29, p. 1.830.

²⁸⁹ A ativa atuação jurisdicional desembocou na aprovação da Lei nº 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV.

²⁹⁰ STF – RE 195192/RS.

²⁹¹ STJ – RMS 17903.

²⁹² STJ – REsp 658323.

vinculantes para fins de estabelecimento dos mesmos. Os juízes devem determinar o fornecimento do tratamento adequado mesmo contra as decisões administrativas. Se existe discricionariedade na formulação das políticas públicas pelos Executivo e Legislativo, a discricionariedade não pode ser impositiva ao Judiciário nesse tema. Não apenas em sede de defesa individual do direito, mas, e é importante ressaltar, também no âmbito da defesa coletiva e difusa do direito à saúde, ainda que aqui o juiz necessite de ainda maior cuidado técnico. As dificuldades de avaliação pelo Poder Judiciário precisam ser contornadas por meio da adequada estrutura humana e material para a ação judicial, não podendo as limitações de ordem operacional do Poder Judiciário autorizar um *non liquet* em matéria que é direito subjetivo público fundamental, constitucionalmente consagrado e reconhecido pela mais alta Corte do País.

Os elementos provindos do âmbito da norma sobrelevam-se aqui também quanto à análise da capacidade do indivíduo, e de sua família, de prover privadamente os serviços de saúde necessários. Assim, até mesmo pessoas que não possam ser consideradas carentes, necessitadas ou hipossuficientes podem ser titulares legítimos da pretensão à obtenção do tratamento/medicamento, desde que, na situação concreta, não possam arcar com as despesas sem prejuízo do seu sustento e de sua família. Por isso, o referencial de que os tratamentos mais complexos e/ou relativos às doenças graves devem ser fornecidos independentemente do *status* econômico-financeiro do requerente. Para os necessitados, qualquer tratamento já é inalcançável no âmbito privado; para quem tem maiores recursos, o direito subjetivo apenas existe na medida em que efetivamente necessitem da prestação através de um regime público, demonstrada a insuficiência da esfera privada.

Além disso, os juízes devem garantir os meios para a mais eficaz e adequada solução para o enfrentamento das questões de saúde, o que envolve o âmbito da norma, por vezes referido como inerente à proporcionalidade. Nessa esteira são as decisões que permitem ao Ministério Público a defesa individual (e coletiva) do direito à saúde²⁹³ e as que permitem o levantamento do

²⁹³ STJ – Resp 662033.

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para o tratamento de moléstia grave, ainda que sem previsão legal específica²⁹⁴ (ainda que esta decisão utilize recursos privados no lugar de recursos públicos, razão pela qual apenas deve ser deferida quando o comprometimento da poupança representada pelo FGTS não implicar prejuízo relevante para os bens que ele pretende acobertar; caso contrário, o juiz deverá ordenar o fornecimento à custa do Poder Público).

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). A Constituição determina que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; e o seu não-oferecimento, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente; além da progressiva universalização do ensino médio gratuito; o direito à educação infantil, não obrigatório mas gratuito, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; além de disposições inclusivas das pessoas que necessitem de condições especiais para o regular desenvolvimento educacional (p.ex., inclusão dos deficientes e dos necessitados) (art. 208). À educação são vinculadas receitas tributárias (art. 212), devendo as mesmas ser aplicadas no desenvolvimento e na manutenção do ensino, sob pena de intervenção (art. 34, VII, e).

Os ensinos infantil e pré-escolar e o ensino fundamental restaram cabalmente protegidos, afirmando o Supremo Tribunal Federal que:

Conforme preceitua o art. 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.²⁹⁵ O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de

²⁹⁴ STJ – Resp 644557.

²⁹⁵ A Emenda Constitucional nº 53/06 reduziu o conceito de educação infantil e pré-escolar para até os cinco anos de idade, mas, em contrapartida, aumentou o período do ensino fundamental obrigatório e gratuito, que se inicia um ano mais cedo, não infringindo, assim, cláusula pétrea.

caixa.²⁹⁶

No que concerne à matrícula e à cobrança de mensalidades escolares, a tendência majoritária tem sido no sentido que não se deve condicionar a renovação da matrícula ao pagamento de mensalidades atrasadas.

A questão das cotas raciais incluídas no Programa Universidade para Todos (ProUni), começou a ser discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em abril de 2008, na ADIn nº 3330, com o voto do relator, Min. Carlos Ayres Britto, o qual considerou constitucional o programa, incluindo as cotas previstas para negros, pardos, índios e carentes. O julgamento deve ser retomado com o aguardado voto-vista do ministro Joaquim Barbosa. Uma visão pós-positivista e estruturante será vital para que a decisão não seja embasada em igualdades fictícias, mas seja promotora da igualdade material desejada pela Constituição, a partir do objetivo fundamental da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). O enfrentamento dessa questão bem demandaria toda uma dissertação, porém, apenas para registrar, os dados da realidade são imprescindíveis para a formação de juízos sobre o direito à igualdade. *In casu*, a leitura mais consentânea com os direitos fundamentais apontam, genericamente, para a constitucionalidade de políticas afirmativas inclusivas de grupos sociais marginalizados, devendo haver respeito à proporcionalidade na sua instituição.

Flávia Piovesan afirma que “Considerando os casos relativos à justiciabilidade dos direitos à saúde e à educação nas Cortes superiores brasileiras, conclui-se ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos”²⁹⁷, observando especialmente a debilidade na dedução e na tutela das demandas coletivas e difusas. “O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos revela a apropriação ainda tímida pela sociedade civil dos direitos econômicos,

²⁹⁶ STF – RE 411518/SP.

²⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (Org.) *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 260.

sociais e culturais como verdadeiros direitos legais, acionáveis e justiciáveis.”²⁹⁸ Ainda, quanto menor o índice de desenvolvimento humano, menor o grau de acesso ao Judiciário, agravando a situação dos que mais necessitam.

É preciso o desenvolvimento da adequada dogmática processualista publicista e socioambiental, lastreada nos preceitos constitucionais vigentes, devendo ser superados os obstáculos inerentes ao velho processo civil individualista e patrimonialista baseado em lides. Devem ser afastadas as concepções que afirmam a estática eficácia limitada de preceitos constitucionais – substitutos e perpetuadores das normas “programáticas” destituídas de eficácia jurídica de outrora –, as quais não são consentâneas com a emergência do projeto constitucional de civilidade e emancipação, expressa ao longo de seu texto, e reafirmada no art. 5º, parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

7.4.3 Civilidade Já Positivada Não é Mera “Promessa”, é Direito

O concretismo normativo da teoria estruturante do direito fornece um instrumental tecnológico-metódico potencialmente eficiente para aperfeiçoar a realização do direito constitucional e infraconstitucional positivo. Ele possibilita a concretização máxima do direito em sua inerência política, não no sentido partidário, mas no de busca do bem comum, cumprindo o seu papel transformador, inclusive (também) de maneira procedimentalmente passiva por meio da ação dos juízes, e superando os déficits de efetividade do direito constitucional. Müller afirma que:

[A aplicação da teoria estruturante do direito é] (...) “política” no seu sentido original de “Polis”: orientada na direção do *bem comum* e de uma melhor *harmonia social baseada nos fatos*, e não baseada na propaganda e na manipulação feita pela mídia – fazendo com que essas decisões sejam menos arbitrárias (por trás da “cortina de fumaça” de uma metodologia irracional, ocasional), tornado-as mais claras, mais explícitas, melhor compreensíveis para todos os que são implicados, e, enfim, melhor criticáveis e controláveis por aqueles cujo trabalho seja esse (juristas práticos e científicos e as instâncias judiciárias superiores).²⁹⁹

²⁹⁸ PIOVESAN, Justiciabilidade..., 2006, op. cit., p. 262-263.

²⁹⁹ “O trabalho do Direito não pode *substituir* a política, isto é, o combate dos projetos e das

A Constituição determina, não apenas negativamente, mas também positivamente a ação dos agentes estatais. O seu direito deve efetivar-se ainda que haja omissão dos legisladores do executivo e do legislativo, por meio de uma cuidadosa, controlada e passiva, procedimentalmente – e ativa substancialmente–, ³⁰⁰ ação dos magistrados, não devendo a “liberdade de conformação do legislador” ser confundida com alguma liberdade de omissão inconstitucional. Não se pode admitir como constitucionais as novas formas de expressar o que anteriormente eram designados de “programaticidade” das normas instituidoras de padrões mínimos de igualdade material e do mínimo existencial, como se as disposições constitucionais fossem ou meros adornos ou manifestos políticos destituídos de positividade/juridicidade.

Deve-se levar a sério o texto do artigo 5º, parágrafo 1º, quando este estatui que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, verdadeira cláusula legitimadora da – e que determina mesmo a – integração normativa jurisdicional. Os trabalhadores do direito têm em suas mãos tecnologias para a concretização máxima das normas constitucionais, minimizando os níveis de dependência de mediação concretizadora legislativa – *não em qualquer caso*, pois o direito deve estacar diante de verdadeiras lacunas nos textos de normas – *mas sempre que a sua atuação puder ser metodicamente imputável aos textos de*

posições, as decisões democraticamente veiculadas. Há sempre necessidade de textos de normas em vigor e de procedimentos regrados para poder colocar-se em ação. Dito de outra maneira: quando o direito positivo em vigor não é emancipatório, não é suficientemente justo socialmente, a TED [teoria estruturante do direito] não vai falsear as diretivas democraticamente criadas, mesmo se elas deixam a desejar melhores regramentos. A TED se vê obrigada não apenas pela democracia, mas igualmente pelo Estado de Direito. Incumbe ao povo fazer mudar democraticamente as maiorias representativas e, assim, pela ação das novas maiorias, os textos de norma em vigor.

Mas quando, no caso contrário, os textos de norma que já existem são de tendência emancipatória, progressista, socialmente mais justa, então, a TED vai valorizá-los claramente por meio de um *due process* e vai concretizá-los cuidadosamente: contrariamente à tradição que, freqüente e às vezes tipicamente (aí incluídos a Alemanha, a França, etc.) os falseia, os minimiza, e até mesmo os deixa cair abandonados – ilegalmente, de maneira anticonstitucional, por razões partidárias e ideológicas inaceitáveis. Assim um jurista brasileiro bem renomado disse publicamente “Eu vou matar o mandado de injunção”, ação que está escrita na Constituição Federal de 1988. E isso, o que eu reputo ainda mais grave, ainda durante o seu mandato como Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ou também, na Alemanha, durante a República de Weimar, os partidários de direita deformaram os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1919, nas chamadas ‘normas programáticas não-obrigatórias’ – tudo isso, seja na Alemanha, no Brasil ou em outra parte, é absolutamente incompatível com as posições da TED, jurídica e politicamente falando.” (Entrevista com Friedrich Müller – Algumas questões sutis de método – entrevistador Sérgio Valladão Ferraz, em 16 de dezembro de 2008)

³⁰⁰ E já se afirmou que sua atuação é sempre ativa substancialmente, ainda no paradigma liberal, em que apenas há menor intensidade da sua ação, e não diferença qualitativa.

norma constitucionais, prescindindo-se da complementação infraconstitucional (tomado por certo que toda atividade judicial é, em alguma medida, materialmente integradora).

As mais difundidas objeções contra a implementação jurisdicional dos direitos constitucionais não se referem à ausência de direito positivo a legitimar a respectiva ação judicial – alegações de ausência que são procedentes –; contrariamente, são argumentos ideológicos destituídos de consistência jurídica que visam exatamente à descaracterização do direito positivado. É o direito da força (real do grupo interessado) prevalecendo sobre a força do direito. Entre os argumentos esvaziadores de sentido encontram-se (a) a vaguidade das disposições constitucionais pertinentes – como se houvesse textos imbuídos de conteúdos precisos *a priori*; (b) a abertura estrutural do objeto das disposições e a excessiva difusão do campo de atuação – que podem ser supridas com a devida qualificação do Poder Judiciário para a atuação, que passa a ser cada vez mais refletida e controlada e menos irresponsável; (c) o caráter apolítico da ação jurisdicional – já demonstrado como equivocado; (d) a reserva do financeiramente possível – como se o juízes não fossem também integrantes da determinação das prioridades orçamentárias e, nesse sentido, também co-conformadores da própria formação do orçamento; (e) a “juventude” dos direitos sociais, ainda não maturados pelo tempo – o que distorce *ab initio* a própria compreensão do que seja o direito e a sua efetividade (o argumento poderia ser, no máximo, histórico, mas não jurídico).

No limite, Ingo Wolfgang Sarlet assinala que “onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias”,³⁰¹ em visão holística e consentânea com a indissociabilidade entre os direitos de defesa e os prestacionais, sendo, assim, jurisdicionalmente exigíveis as prestações inerentes ao mínimo existencial, sendo certo que a passividade procedimental dos juízes jamais permitirá que estes englobem para si a integralidade da definição dos parâmetros inerentes ao mínimo vital – pelo menos no quadro da correção funcional –, mas, também, estes não podem se furtar ao cumprimento do seu papel concretizador do direito positivo.

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 346.

A partir dessa visão humanista, pós-moderna e consentânea com os padrões estabelecidos pelas declarações internacionais sobre os direitos humanos, a proteção jurisdicional dos direitos emancipatórios e libertários inerentes à igualdade material mínima, segundo a dignidade da pessoa humana, constitui garantia do próprio funcionamento da democracia procedimental, na medida em que, “sem a sua realização, não haverá satisfação dos direitos individuais de liberdade de expressão e de igual liberdade de participação política, necessários à existência de um processo democrático de discussão e deliberação”,³⁰² além da sua indispensabilidade à democracia substancial. No caleidoscópio multicultural dos inúmeros “Brasis” que constituem o povo brasileiro, as diversas minorias “(...) se tornam maioria numa sociedade plural e desigual como a brasileira”, encontrando freqüentemente como único acesso à cidadania as portas do Poder Judiciário, na medida em que esse se torne mais próximo da realidade social.

A lúcida intervenção de Anabelle Macedo Silva, para quem é necessária uma “teoria constitucional *amiga da concretização* dos direitos fundamentais prestacionais”,³⁰³ aponta que “Ante a redefinição das fronteiras do direito, os juízes podem assumir uma de duas posições: i) negar a normatividade do caráter preceptivo de tais dispositivos legais” [os que dependem de elementos da realidade para o mínimo de sua efetividade social, independentemente de legislação complementar infraconstitucional], “considerando-os meramente programáticos [e condenando a Constituição a uma função vazia de efetividade e meramente simbólica]; ou ii) aceitar a realidade da transformação da concepção do direito e das funções do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um segmento, aliando criatividade e rigor metodológico, superando, em definitivo, a concepção tradicional, comprometida com a solução de conflitos [meramente] privados.”³⁰⁴

Cumpram, enfim, aos trabalhadores do direito e aos juízes, em especial, assumir seu papel na concretização do direito positivo brasileiro, a partir da sua norma normarum. Assim como os direitos não são valores e nem princípios, mas direitos, as ditas promessas da modernidade não são apenas promessas. A partir do

³⁰² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 205.

³⁰³ SILVA, op. cit., p. 178-179.

³⁰⁴ SILVA, op. cit., p. 68.

momento em que foram democraticamente positivadas na Constituição de 1988, passam a ser direitos, legítimos, obrigatórios e vinculantes.

A percepção dessa realidade traz (a) novas exigências de honestidade dos métodos, devendo os juízes fundamentar de maneira metodologicamente correta e adequada as suas decisões e (b) novas possibilidades hermenêuticas de (b.1) construção das normas jurídicas a partir dos enunciados constitucionais já existentes e (b.2) de filtragem constitucional do ordenamento infraconstitucional, inclusive no campo do direito privado. Entoamos, afinal, com Friedrich Müller:

Para mim, o poder constituinte do povo é, no Estado e na política, aquilo que, na decisão de conflitos, sejam individuais ou coletivos, é a justiça: quer dizer, o elemento vivaz, que segue adiante, que inquieta sem parar – falando por metáforas: o volante no tear. Ambos impedem toda petrificação das situações, toda paralisia reacionária, todo “silêncio dos cemitérios” de ordem ditatorial ou autoritária na vida da sociedade, como na política. Ambos ordenam uma igualdade real de todos os seres humanos, uma abertura e uma pluralidade, um controle democrático e um infatigável trabalho de fundo pelo bem comum, pelos direitos do povo, ou seja, pela população real de um país.³⁰⁵

³⁰⁵ MULLER, *O novo...*, op. cit., p. 309.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, 1999.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Unb, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Cadernos de Filosofia del Derecho*, Doxa nº 24. Alicante, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas: revista de filosofia*, Porto Alegre, v. 51, n. 1, mar. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fadir/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401>>. Acesso em: 15 out. 2008.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

_____. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. *Justice in robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

_____. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978.

FARMER, Paul. *Pathologies of power*. Berkeley: University of California Press, 2003.

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. 3. ed. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas. 2001.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 7, n. 9, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/FernandoGalvao.pdf>>. Acesso em: 15 out.

2008.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

IGNÁCIO, Ruth, A trajetória do projeto sociocultural da modernidade e da pós-modernidade: o caminho por uma das mãos de boaventura. *Revista da ADPPUCRS*, Porto Alegre, n. 5, p. 87-100, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.adppucrs.com.br/informativo/atrajetoriadopjetosocio.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2008.

KAUFMANN, Arthur. Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfrid (Org.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Comentários à Lei nº 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, SILVA MARTINS, Ives Gandra. *Controle concentrado de constitucionalidade*. Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. Basic questions of constitutional concretization. *Rutgers Law Journal*, Vol. 31, number 2. London: Rutgers University School of Law, 2000.

_____. *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: SAFE, 1995.

_____. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, nº 9. Belo Horizonte: Escola do Legislativo, 1999.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição especial outubro 2000*. Porto Alegre: Unidade editorial, 2000.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Teoria estruturante do direito*, Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios*. 2008. (Conferência de Abertura do Conpedi – 2008). Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/index.php?id=241>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (Org.) *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. Mexico: FCE/UNAM, 1971.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*, Madrid: Tecnos, 1983.

_____. *The concept of the political*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Ferreira. O projeto da modernidade e o direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, jul./set. 2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_147/r147-21.PDF>. Acesso em: 19 dez. 2008.

SOLER, Sebastián. *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação*. 2003. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 02 fev. 2007.

ZAGREBELSKY, Giuseppe. *Manuale di diritto costituzionale – I – Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1990.