O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA ERA PÓS-POSITIVISTA

HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

Lenice S. Moreira de Moura (org.)

Artur Cortez Bonifácio
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carlos Thompson Fernandes
Dimas Macedo
Flávia Piovesan
Ingo Wolfgang Sarlet
Ivan Lira de Carvalho
Ivo Dantas
Jaime Mariz de Faria Jr.
Jânia Maria Lopes Saldanha
José Augusto Perez Filho
José Gomes Canotilho
Lenio Luiz Streck
Lenice S. Moreira de Moura
Louisianne Paskalle Maia
Luís Roberto Barroso
Mádson Ottoni Rodrigues
Paulo Lopo Saraiva
Rodrigo da Cunha Freire
Rodrigo Ribeiro Romano
Sabrina Cavalcante de Macedo
Sadi Flores Machado

Editora Saraiva

O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA ERA PÓS-POSITIVISTA

HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

O conteúdo deste livro guarda absoluta fidelidade aos arquivos eletrônicos forn
Editora pela organizadora da obra, sob cuja responsabilidade ficaram os trabal
composição, diagramação e revisão.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA ERA PÓS-POSITIVISTA

HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

Lenice S. Moreira de Moura (org.)

Artur Cortez Bonifácio
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carlos Thompson Fernandes
Dimas Macedo
Flávia Piovesan
Ingo Wolfgang Sarlet
Ivan Lira de Carvalho
Ivo Dantas
Jaime Mariz de Faria Jr.
Jânia Maria Lopes Saldanha
José Augusto Perez Filho
José Gomes Canotilho
Lenio Luiz Streck
Lenice S. Moreira de Moura
Louisianne Paskalle Maia
Luís Roberto Barroso
Mádson Ottoni Rodrigues
Paulo Lopo Saraiva
Rodrigo da Cunha Freire
Rodrigo Ribeiro Romano
Sabrina Cavalcante de Macedo
Sadi Flores Machado

2009

Editora Saraiva

FARN

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 – Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN 978-85-02-08316-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

O novo constitucionalismo na era pós-positivista : homenagem a Paulo Bonavides. – São Paulo : Saraiva, 2009.

Vários autores.

1. Brasil - Constituição 2. Brasil - Constituição - Comentários.

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Constituição de 1988 : Comentários
342.4(81)

Capa *Daniel Rampazzo / Casa de Ideias*

Data de fechamento da edição: 15-4-2009

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

SUMÁRIO

COLABORADORES 9

APRESENTAÇÃO
Lenice S. Moreira de Moura 13

HONRAS AO JURISTA PAULO BONAVIDES
Daladier Pessoa Cunha Lima 17

SAUDAÇÃO AO POVO RIO-GRANDENSE-DO-NORTE
Paulo Bonavides 19

O PENSAMENTO POLÍTICO DE PAULO BONAVIDES
Dimas Macedo 21

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL:
A OBRA PRIMA DE PAULO BONAVIDES
Paulo Lopo Saraiva 33

O ATIVISMO JUDICIÁRIO:
ENTRE O NACIONALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E A POBREZA
José Gomes Canotilho 47

A HERMENÊUTICA JURÍDICA NOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL
Lenio Luiz Streck 59

AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Ingo Wolfgang Sarlet 85

TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:
JURISPRUDÊNCIA DO STF
Flávia Piovesan 121

O PAPEL DA JURISDIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:
O COSMOPOLITISMO PARA ALÉM DO CONSTITUCIONAL E DO INTERNACIONAL, A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE TÊMIS, MARCO PÓLO E O BARÃO COSME DE RONDÓ
Jânia Maria Lopes Saldanha & Sadi Flores Machado 147

OS TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O § 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
Carlos Thompson Costa Fernandes 183

NORMATIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO: A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL
Artur Cortez Bonifácio 209

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
Carlos Wagner Dias Ferreira 227

A DIMENSÃO ANTROPOÉTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: ELEMENTOS PARA COMPREENSÃO DA DIGNIDADE PLANETÁRIA OU DIGNIDADE INTEGRAL
Lenice S. Moreira de Moura 243

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, MÉTODOS E PRINCÍPIOS
José Augusto Perez Filho 281

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A RECONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO BRASIL
Luís Roberto Barroso 295

A PÓS-MODERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA E A TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO
Ivo Dantas 315

A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Mádson Ottoni Almeida Rodrigues 375

DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO EFETIVA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO
Rodrigo da Cunha Lima Freire 393

A INFORMÁTICA JURÍDICA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: UMA VISITA AO TEMA DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA
Ivan Lira de Carvalho 401

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EFETIVIDADE E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS: UMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA
Louisianne Paskalle Solano Maia 419

MANDADO DE INJUNÇÃO: INSTRUMENTO PÓS-POSITIVISTA DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL
Jaime Mariz de Faria Jr. & Sabrina Cavalcante de Macedo 431

A CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA DE SCHLEIERMACHER: UM ENSAIO EPISTEMOLÓGICO POSITIVISTA ANTE A TRANSGRESSÃO HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
Rodrigo Ribeiro Romano 441

COLABORADORES

Artur Cortez Bonifácio

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional e Tributário dos Cursos de Graduação e Mestrado da UFRN. Professor da Pós-Graduação da Universidade Potiguar e da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN. Coordenador Pedagógico da FANEC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. Juiz de Direito em Natal-RN.

Carlos Wagner Dias Ferreira

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN. Juiz Federal no RN.

Carlos Thompson Fernandes

Professor de Direito Constitucional da FARN. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

Dimas Macedo

Mestre em Direito - UFC. Professor da Faculdade de Direito de Universidade Federal do Ceará. Procurador do Estado do Ceará. Advogado.

Flávia Piovesan

Professora Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000). Visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), Visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008). Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network. Procuradora do Estado de São Paulo.

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito (Universidade de Munique). Pós- doutor pela Universidade de Munique. Pesquisador visitante da Harvard Law School. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e dos cursos de Mestrado

e Doutorado em Direito e em Ciências Crimiais da PUC-RS. Professor de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha. Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS e do GEDF – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (CNPq-PUC-RS). Representante brasileiro e correspondente científico do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional em Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Juiz de Direito em Porto Alegre (RS).

Ivan Lira de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Universidede Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte da Graduação e do Mestrado. Juiz Federal e Ex-Juiz de Direito.

Ivo Dantas

Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado – UFPE. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado.

Jaime Mariz de Faria Jr.

Estudante do Curso de Direito da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. Engenheiro Eletricista-UFRN.

Jânia Maria Lopes Saldanha

Professora do Programa de Pós-graduação em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora da Faculdade de Direito da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Doutora em Direito da UNISINOS. Advogada.

José Augusto Perez Filho

Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte – FESMP. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Procurador Geral de Justiça do Rio Grande do Norte.

José Gomes Canotilho

Jurista e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É licenciado e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Lenio Luiz Streck

Doutor em Direito do Estado - UFSC. Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica (Universidade de Lisboa). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNESA-RJ. Professor Titular da Unisinos-RS. Procurador de Justiça-RS.

Lenice S. Moreira de Moura

Doutora em Ciências Sociais pela UFRN. Pesquisadora do GRECOM – Grupo de Estudos da Complexidade/UFRN. Mestre em Direito da Integração Regional – UFSM/RS. Especialista em Direito Empresarial – UNISINOS/RS. Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte- FARN. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito da Faculdade de Natal-FAL. Coordenadora do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da FARN e Advogada.

Louisianne Paskalle Maia

Estudante do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Servidora pública do TRE-RN.

Luís Roberto Barroso

Doutor e livre-docente pela UERJ. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

Mádson Ottoni Rodrigues

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN e da Escola Superior da Magistratura no Rio Grande do Norte. Juiz de Direito em Natal/RN. Presidente da AMARN - Associação dos Magistrados do RN.

Paulo Lopo Saraiva

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC\SP. Mestre em Ciências Políticas e Sociais pela Universidade Técnica de Lisboa. Conselheiro Federal e Estadual da OAB. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN, da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN e da Escola Superior da Magistratura-ESMARN. Professor visitante da Universidade de Coimbra. Procurador do Estado aposentado e Advogado.

Rodrigo da Cunha Freire
Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos Cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da FMU/SP. Professor da Rede de Ensino LFG.

Rodrigo Ribeiro Romano
Estudante do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN e do Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

Sabrina Cavalcante de Macedo
Estudante do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. Médica cirurgiã pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

Sadi Flores Machado
Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - RS. Bolsista PIBIC/CNPq/UFSM, no projeto intitulado "A concretização dos direitos humanos na jurisdição brasileira sob a óptica do constitucionalismo e da internacionalização do Direito: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca". 2º Secretário de Pesquisa do Diretório Livre do Direito/UFSM – gestão 2008/2009.

APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva é fruto das reflexões e debates promovidos durante **I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional - O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA ERA PÓS POSITIVISTA**, realizado em Natal-RN, nos dias 28, 29 e 30 de agosto de 2008. Promovido pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN, o Congresso homenageou o eminente jurista **Paulo Bonavides**, nas celebrações do cinquentenário do seu livro Do Estado Liberal ao Estado Social, o qual se constitui em uma referência exponencial da Ciência Política no Brasil.

Como prelúdio a esta homenagem, a opção foi o consonante artigo *Honras ao jurista Paulo Bonavides*, de autoria do Professor Daladier Pessoa da Cunha Lima, Reitor da FARN, publicado no jornal Tribuna do Norte, na data de instalação do Congresso.

Foram reunidas as contribuições dos conferencistas, palestrantes e coordenadores científicos do Congresso, as quais abordam a importância da obra do Professor Paulo Bonavides na construção do constitucionalismo contemporâneo, proporcionando uma reflexão sobre os princípios constitucionais e a hermenêutica jurídica, voltada para a concretização do princípio da dignidade humana e para a efetividade dos direitos fundamentais e do processo constitucional.

Nesse contexto, a presente coletânea encerra a pretensão de contribuir para consolidação do entendimento de que a Constituição deva ser o epicentro da ordem jurídica brasileira, não simplesmente como um texto normativo formal dotado de hierarquia superior, mas como um fenômeno social e normativo que efetivamente constitui a realidade. A partir de tal compreensão, a aplicação da Constituição é capaz de contribuir, concretamente, com a necessária transformação da realidade social brasileira, profundamente injusta e desigual, geradora de indignidade humana.

Como estudos inaugurais, constam as reflexões de Dimas Macedo e Paulo Lopo Saraiva, eminentes juristas e discípulos do nosso homenageado, os quais decantam, com maestria, *O Pensamento Político de Paulo Bonavides* e a *Obra Prima: Do Estado Liberal ao Estado Social*, discorrendo sobre a brilhante e vigorosa trajetória acadêmica de nosso maior constitucionalista, bem como aprofundando os estudos da sua obra cinquentenária - **Do Estado Liberal ao Estado Social** – que se consolida como um clássico dos estudos de direito constitucional e ciência política no Brasil e no exterior.

O grande jurista e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Gomes Canotilho abrilhanta esta coletânea com uma pertinente reflexão sobre *O Ativismo Judiciário: Entre o Nacionalismo, a*

Globalização e a Pobreza, abordando o Direito "Judiciário" como "Microcosmo de Governance", e o círculo hermenêutico do lugar do ato econômico e do lugar do direito, especialmente na perspectiva do direito dos pobres.

A Hermenêutica Jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil constitui-se na contribuição do Pós-doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica Lenio Luiz Streck, o qual propõe uma "nova hermenêutica do Estado Democrático de Direito", centrada no paradigma fundado na autonomia do direito, como fruto da superação do método e do esquema sujeito-objeto, o que implica o desenvolvimento de uma dimensão hermenêutica ontológica concretizadora, material, que transcende os dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes (clássico e da filosofia da consciência).

Os eminentes Doutores Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan e Janea Lopes Saldanha desenvolvem suas reflexões em torno da temática Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Ingo Sarlet, com o texto *As dimensões da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito*, nos presenteia com um estudo ampliado sobre o princípio, sustentando a dignidade da pessoa humana como critério material para a identificação dos direitos fundamentais para além dos expressamente positivados pelo constituinte. Flávia Piovesan dedica-se à análise atualizada dos *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em face da Jurisprudência do STF*, defendendo que ao Supremo Tribunal Federal compete o desafio de romper em definitivo com a jurisprudência anterior acerca da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, no sentido de consolidar a força normativa constitucional destes tratados e de conferir máxima efetividade à dimensão material dos direitos fundamentais. Jânea Saldanha e Sadi Flores Machado, através do estudo intitulado *O papel da jurisdisção na efetivação dos direitos humanos: O cosmopolitismo para além do constitucional e do internacional*, propõem a fertilização recíproca do direito internacional em relação ao direito constitucional no que se refere à proteção dos direitos humanos, visando criar condições de possibilidade para a realização de acordos supranacionais, que produzam a constitucionalização do direito internacional ou a construção do direito cosmopolítico.

Como contribuição dos Professores da FARN e Coordenadores Científicos do Congresso, foram inseridos os estudos realizados por Carlos Thompson, Artur Cortez Bonifácio, Carlos Wagner e Lenice S. Moreira de Moura, os quais se debruçam, respectivamente, sobre importantes temas do constitucionalismo jurídico contemporâneo e sobre a hermenêutica constitucional: *Os tratados e convenções de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição da República*; *Normatividade e contretização: A legalidade constitucional*;

Interpretação constitucional e argumentação jurídica; *A dimensão antropoética do princípio da dignidade da humana: Elementos para compreensão da dignidade planetária ou dignidade integral*. Dedicando-se também às questões principiológicas da interpretação constitucional, José Augusto Perez Filho, Procurador Geral de Justiça do Rio Grande de Norte, analisa a *Interpretação Constitucional, métodos e princípios*.

Luiz Roberto Barroso, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional pela UERJ, perfaz uma interessante abordagem histórica dos *Vinte anos da Constituição de 1988, no contexto da reconstrução democrática do Brasil*, ponderando, com proficiência, que, não obstante as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito e vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo, na busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza.

Os eminentes juristas Ivo Dantas, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional, Mádson Ottoni, Juiz de Direito e Mestre em Direito Constitucional, e Rodrigo da Cunha Lima, Doutor em Direito Processual, dedicam-se ao estudo do Processo Constitucional na pós-modernidade: *A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo*; *Prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais* e *O Direito Fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação*.

Sobre o atual e relevante tema do interrogatório por videoconferência, Ivan Lira de Carvalho, Doutor em Direito pela UFPE e Juiz federal em Natal, sustenta em brilhante pesquisa intitulada *A informática jurídica e as garantias constitucionais: Uma visita ao tema do interrogatório por videoconferência*, que o interrogatório *on-line* constitui um sério avanço na segurança e na rapidez do processo penal, mas que só deve ser posto em prática se estiverem asseguradas todas as garantias constitucionais postas ao dispor do interrogado.

Com o intuito de oportunizar a apresentação de trabalhos pelo corpo discente da FARN, promoveu-se um concurso de teses jurídicas, que foram escritas por alunos do Curso de Direito da FARN e de outras Instituições de Ensino Superior e apresentadas no Congresso que originou este livro. Inserimos, portanto, nesta coletânea o resumo das teses selecionadas pela Comissão Científica, bem como a síntese em formato de artigo científico dos melhores trabalhos premiados com bolsas de estudos do Curso de Pós-graduação Latu sensu em Direito, na área específica ofertada pela FARN. As teses intituladas Direitos Fundamentais, efetividade e limitações orçamentárias: Uma perspectiva pós-positivista, de Lousianne Paskalle Solano Maia; Mandado de Injunção:

Instrumento pós-positivista de concretização constitucional, de Jaime Mariz e Sabrina de Macedo; A contribuição hermenêutica de Schleiermacher: Um ensaio epistemológico positivista ante a transgressão hermenêutica constitucional, de Rodrigo Romano, foram as premiadas em primeira, segunda e terceira colocação, respectivamente, e encerram o livro em homenagem a Paulo Bonavides, demonstrando que a nova geração de estudiosos do direito encontra-se em sintonia com o caminho traçado pelo nosso grande mestre, na convicção de que é preciso transcender a percepção formalista do direito e fazer pulsar os valores constitucionais na vida da sociedade com o intuito de concretizar a Justiça Social, a plenitude dos Direitos Fundamentais em suas múltiplas dimensões e a Dignidade da Pessoa Humana. Pode parecer utópico, mas concordamos com Boaventura de Souza Santos, quando defende que "não podemos limitar a realidade simplesmente ao que existe", ou ainda, com Mario Quintana que reflete poeticamente sobre a utopia ao dizer que: "Se as coisas parecem inatingíveis... Ora! Não é motivo para não querê-las... Que tristes os caminhos, se não fora a presença das estrelas!

Natal, abril de 2009.

Profa. Dra. Lenice S. Moreira de Moura

Organizadora

HONRAS AO JURISTA PAULO BONAVIDES

Daladier Pessoa Cunha Lima

Reitor da FARN

Ao mesmo tempo em que avulta seu inexcedível amor cívico pelo Brasil, Paulo Bonavides é um cidadão do mundo. Essa simbólica condição advém das suas idéias e palavras em defesa dos Direitos Fundamentais do homem, capazes de vencer limites e de se espraiar pelos diversos quadrantes da terra. Veja-se o que ele disse em recente entrevista: "O Direito Constitucional contemporâneo oferece um quadro teórico para nós realizarmos a Democracia como fundamento da sociedade humana. Esta Democracia que é o coroamento, como direito da quarta geração, de um processo de universalidade da justiça na emergência do Estado Social. Porém, é preciso que o gênero humano coloque esses avanços teóricos na prática e desperte para um futuro melhor". Paulo Bonavides, pelos notórios serviços prestados ao Direito, à Justiça e à Democracia, através de obras universais e perenes, as quais colidem com o arbítrio e pugnam pela paz, merece e recebe as honras de homens e mulheres do seu país, além de pessoas das diversas regiões do planeta. Daí se poder dizer, com orgulho: é um guerreiro nordestino – nasceu na Paraíba, vive no Ceará e tem laços afetivos com o Rio Grande do Norte –, é um brasileiro altivo, é um cidadão do mundo!

Paulo Bonavides é visto com o maior respeito por toda a comunidade jurídica do país. É o mais reconhecido entre os mais reconhecidos constitucionalistas brasileiros. Sua biografia é um belo quadro de glórias, emoldurado pela coragem no combate aos regimes totalitários e na defesa da paz como direito dos povos. Começou em Fortaleza, mas concluiu sua graduação na Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro. Ainda como estudante, passou um ano na Universidade Harvard, nos Estados Unidos. Dessa experiência, resultou o livro Universidades da América, que recebeu o prêmio Carlos de Laet, da Academia Brasileira de Letras. Iniciava, assim, sua longa e vitoriosa jornada de escritor. Nos anos 1952 e 1953 exerceu as funções de Professor de Literatura Brasileira na Universidade de Heidelberg, Alemanha, o que fez nascer no mestre os vínculos com os valores filosóficos e culturais germânicos. O jornalismo foi sua primeira prática de trabalho, até que ingressou na Universidade Federal do Ceará, em 1958, com a tese "Do Estado Liberal ao Estado Social", para Professor Catedrático de Teoria Geral do Estado. Essa tese se transformou em livro, que é um marco do Direito Constitucional brasileiro. Ainda hoje é considerada obra atual, pois aponta na direção de uma vida digna para todos os seres humanos, com liberdade, democracia e garantia dos Direitos Fundamentais dos indivíduos em uma sociedade. Além da vasta e

preciosa bibliografia, Paulo Bonavides colabora com jornais e revistas do Brasil e do exterior, atende convites para conferências no país, na Europa, nos Estados Unidos e na América Latina. Já recebeu os mais destacados prêmios jurídicos/culturais e participa de diversas instituições de Direito espalhadas pelo mundo, inclusive na função de professor visitante. Pertence à Academia de Letras do Ceará, é Professor Emérito da UFC e Doutor "Honoris Causa" da Universidade de Lisboa.

Insigne jurista e escritor, pensador, poliglota, professor, cientista social, filósofo, Paulo Bonavides já foi homenageado pela FARN com o título de Professor "Honoris Causa". Na verdade, a Instituição se autodignificou, ao outorgar-lhe esse título. Aqui em Natal, onde tem muitos amigos – dois são especiais, Noilde Ramalho e Paulo Lopo Saraiva –, ele recebe esta semana outra justa homenagem da FARN, com a realização do I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional. Durante o Congresso, a assembléia, em uníssono, prestará honras ao Doutor Paulo Bonavides, aclamando-o de "Guardião maior da Constituição e da Democracia brasileiras".

SAUDAÇÃO AO POVO RIO-GRANDENSE-DO-NORTE[1]

Paulo Bonavides

Já houve quem dissesse, e eu não me recordo quem foi, que às vezes o silêncio é mais eloquente que a palavra; ou, usando um conceito afim, quando as grandes comoções toldam o espírito, diz mais quem escreve ou fala menos, porque, no escrever e falar menos, não raro há mais concisão, mais densidade, mais substrato na expressão do pensamento por onde a sinceridade humana faz fluir e transparecer a emoção dos grandes momentos existenciais.

E aí a voz do coração é o semblante da alma que se alteia ao espaço infinito.

Minhas senhoras, meus senhores! Eu me acho engolfado nessa corrente de sentimentos que tem a força de abreviar o discurso, nunca, porém, de derrogar nas suas profundezas a minha gratidão aos autores desta homenagem tão penhorante.

Ela me deixa rendidamente imerso nas saudades do passado, depois de ouvir acerca da tese de meu concurso de cátedra, defendida precisamente há cinquenta anos, a saudação afetuosa de Paulo Lôpo Saraiva, um texto de fraternidade, e a conferência de Dimas Macedo, um monumento de saber e erudição.

Ambos, queridos e infatigáveis companheiros de lides intelectuais e acadêmicas.

Esta noite, Paulo e Dimas, as lembranças do vosso engenho, do vosso talento, do vosso portentoso raciocínio de crítica e reflexão ficaram impressas em meu espírito, porquanto mostrastes que comungamos a mesma ideia social de emancipação do homem; do homem projetado em sua dimensão de universalidade, em sua abrangência ética, jurídica e espiritual de pessoa, de ser moral que tem existência concreta.

Vejo que bem compreendestes o sentido e alcance do Estado social e bem percebestes a ressonância histórica da grande proposição doutrinária que formulou o compromisso democrático da paz, pondo termo à batalha das ideologias e ao advento das ditaduras atrozes do continente; todas nascidas dos sistemas sociais injustos e da postergação dos direitos fundamentais.

Com efeito, o capitalismo das desigualdades liberticidas aflorava dantes por inimigo mortal da Constituição e da democracia. O Estado Social passou-lhe a certidão de sua decrepitude. Mas, ainda assim, ele se arrasta como um fantasma nas relações internacionais com sua máquina de guerra e intimidação.

Por isso, as lutas constitucionais e democráticas do Estado social hão de prosseguir e ferir-se em países da periferia, os quais só têm por arma para alcançar e concretizar e executar a normatividade dos princípios cifrados na

---

1 Palavras de agradecimento, proferidas pelo homenageado durante a abertura do **I Congresso de Direito e Processo Constitucional – O Novo Constitucionalismo na Era pós-positivista**. Natal-RN, 28\08\09.

receita da democracia participativa, o constitucionalismo de luta e resistência, de defesa da soberania, de salvaguarda dos valores da nacionalidade, de adoção dos preceitos eternos do jusnaturalismo numa ordem positiva em que unicamente se entende por Estado de Direito o Estado da Justiça.

Jamais o da exclusão, da tortura, das opressões, das ditaduras, da guerra criminosa, das crises que se perpetuam; aquele Estado que legisla a desigualdade, a injustiça e o privilégio.

A respeito desse tema, Paulo Lôpo Saraiva e Dimas Macedo, publicistas da liberdade, já disseram tudo com proficiência, agudeza e acuidade.

Quero cingir-me agora à manifestação de meus agradecimentos a todos que são parte neste congresso e presença neste auditório.

Mas quero por igual dirigir a três figuras centrais do I Congresso Brasileiro de Direito Processual e Constitucional, e que são promotoras desta homenagem, um testemunho de reconhecimento e admiração: a Daladier Pessoa Cunha Lima, Reitor da Faculdade pelo Desenvolvimento do Rio Grande do Norte; a Noilde Ramalho, educadora de gerações, e a Lenice Silveira Moreira, organizadora deste memorável Congresso.

Não posso tampouco cerrar esse discurso sem primeiro dizer quanto me apraz ter hoje, nesta Conferência de tão ilustres e abalizados Mestres das letras jurídicas, a expressão fulgurante de um jurisconsulto da grandeza e quilate de J.J. Gomes Canotilho.

Ele, tão familiar ao meio jurídico nacional, em que suas obras de ciência da Constituição lograram uma presença inarredável, traz de Coimbra a força, a tradição e o renome de sua universidade quase milenar e comparece a este Encontro em que o Brasil celebra os vinte anos da Carta Magna que restaurou, entre nós, o País constitucional, a verdade federativa e a legitimidade republicana, após duas décadas de regime ditatório.

Recobramos enfim nosso destino de povo e nação palmilhando os caminhos da liberdade, da democracia, da justiça e da cidadania participativa.

Muito obrigado ao povo do Rio Grande do Norte e à generosa Capital que nos acolhe com a fidalguia de sua hospitalidade.

Muito obrigado à fineza da vossa amizade, da vossa cordialidade, da vossa simpatia esfuziante numa data que há de ficar para sempre gravada na memória agradecida do homenageado.

Este galardão que me foi atribuído procede de uma terra de homens dignos, justos e probos, da estatura intelectual de Henrique Castriciano, Nísia Floresta, José Augusto, Seabra Fagundes e Câmara Cascudo.

Muito obrigado, mais uma vez, Rio Grande do Norte da minha afeição e da minha gratidão.

O PENSAMENTO POLÍTICO DE PAULO BONAVIDES

Dimas Macedo[1]

Nos países de tradição afortunada, os homens honorários, ao perfazerem o ciclo de convivência com a Academia, recebem uma homenagem de coro e de tribuna e uma coletânea de textos em louvor à sua atividade no campo da pesquisa. Paulo Bonavides não foi mandado de volta para a casa desta forma, e, para a casa, com certeza, ele jamais regressaria, pregoeiro que é da Constituição e da Justiça, como legados do Estado de Direito; e dos direitos essenciais da liberdade, como expressões da Constituição e da Democracia.

Os seus amigos e admiradores sempre encontram alguma forma de homenageá-lo e de fazê-lo a estrela que os guia pelos escuros (e às vezes escusos) caminhos do Direito. Paulo Lopo Saraiva é um deles. É o mais entusiasmado e o mais convincente. O seu destemor e a sua bravura de advogado, a sua integridade de jurista e os saberes com que reescreve a justiça social dos oprimidos constituem um bloco de virtudes que fazem dele um homem imprescindível.

O desafio de louvar um mestre é o de sermos soberanamente menores do que o monumento que admiramos. A condição de discípulo é sempre inferior à postura de mestre, por mais que nos queimemos em traduzir ou imitar as suas técnicas de pesquisa, o seu engenho de formas, as suas estocadas firmes e o clarim com que ele nos leva de volta para a luta.

Em Paulo Bonavides, há de se observar, num primeiro plano, um projeto de genialidade que se planta no centro da cultura do Brasil. Não se trata tão-só do maior de todos os nossos constitucionalistas ou do maior constitucionalista da língua, como querem os que mourejam do outro lado do Atlântico.

Nele se reflete uma multiplicidade de personas e de sujeitos intelectivos que zanzam, à vontade, da compreensão da nossa formação constituinte às raias da teoria política mais sofisticada, fundamentada, esta última, no pensamento filosófico germânico e na construção jurisprudencial das melhores cortes de justiça, na qual a Constituição e o seu conteúdo são interpretados, em vista à concretização da sua inteligência.

O constitucionalista, em Paulo Bonavides, não é menor do que o cientista político; e o teórico do Estado se faz em pé de igualdade com o jurista e com o militante político. O estilista se aninha por entre os cortes de linho da sua

---

1 Mestre em Direito - UFC. Professor da Faculdade de Direito de Universidade Federal do Ceará. Procurador do Estado do Ceará. Advogado.

metáfora fulgurante e o poeta do ensaio, na sua linguagem de esteta, conjuga-se com a crítica de cunho social que nele se exerce de forma soberana.

Seria um escritor completo, no sentido da arte literária, se os deuses da imaginação o tivessem conduzido para a linha de frente das vanguardas. Conhece, como poucos, os escritores de língua portuguesa, de forma que, de Eça de Queirós a José de Alencar; de Camilo Castelo Branco a Gilberto Freire, não existe um arauto de vernáculo a quem ele não preste reverência.

Penso que ele atingiu a condição de clássico - e clássico ele o é na forma mais pura da palavra - porque imentou, desde sempre, a sua emoção e a sua verdade na ética do humanismo e da democracia, e numa conduta de vida que prima pela humildade e o despojamento, separando, como o seu coração afetuoso, a tentação burocrática do Estado das águas cristalinas com que alimenta a sua pena de mestre da palavra, na qual se alojam a esperança e a dignidade, a transparência das virtudes políticas e o Direito Constitucional de resistência.

Os Direitos Fundamentais, como núcleo essencial da Constituição, a democracia participativa, a teoria do Estado Social, a tópica e a nova hermenêutica do direito público, o estudo da Constituição como Carta de Princípios, na era do pós-positivismo, devem a Paulo Bonavides o maior de todos os tributos.

Se o Brasil não o tivesse parido, e o Ceará não o tivesse adotado, creio que o teríamos inventado como Totem, tal um signo ontológico a fomentar as nossas intenções de agentes do Direito. Somos, os constitucionalistas que aqui se reúnem, legatários da sua precedência e ele. Paulo Bonavides é a síntese de tudo o que veio antes da sua explosão humanitária.

Paulo Bonavides é a expressão máxima da legitimidade e a formação embrionária da norma de conduta que orgulha o sentimento cívico da nação. É um admirador confesso de Rui Barbosa como construtor e consolidador do Direito Constitucional entre nós. Mas é possível que deva a Rousseau a raiz da sua paixão de ordem democrática.

Ensinou-me, pessoalmente, como seu discípulo e leitor curioso da filosofia do contratualismo, a descobrir um Rousseau ou um Jean-Jacques preocupado com um Projeto de Constituição para a Polônia. E me fez entender, por igual, que a Vontade de Constituição e a Crença na Constituição valem muito mais do que a sua louvação e a sua defesa. O Sentimento Constitucional, pois, seria superior à sua política normativa, exceto quando iluminada pela vontade suprema da nação.

Creio que de Montesquieu a Lassale, da filosofia sofística à teoria política do Dezoito Brumário, que do positivismo jurídico à dialética de cunho

marxista, sabe o professor Paulo Bonavides onde estão as raízes do Direito Natural e a teoria material e política da Constituição.

As luzes da liberdade e da razão, com as quais Kant nos ensinou a olhar o mundo do Direito, rebrilham, de forma cintilante, na sua memorável obra de jurista. E de forma que dos espelhos d´água da Lagoa Redonda até às remansosas brisas do Lemom, vistas a partir da Ilha de Rousseau, elas podem ser observadas, deitando a esperança por sobre os mantos sagrados da Justiça, e sempre fecundadas pelo discurso do mestre cearense.

Um pensador da estatura de Paulo Bonavides não se constrói apenas com o senso de justiça ou com a disciplina com a qual os seres humanos se deslumbram diante do poder ou das suas tentações avassaladoras. Um homem da envergadura de Paulo Bonavides se faz pela audição do silêncio que o cerca, pela dedicação a um projeto de vida e pela coragem de abrir caminhos e de fazer ressurreições por entre as aporias do conhecimento.

O mundo como mundo, como convenção e categoria da política e da ciência; e a sociedade e o Estado, como funcionamento dos seus engenhos racionalistas, vestem como se fossem definitivas e como se fossem duradouras e eternas as incertezas que o intelecto e a tecnologia criaram para dizer ao homem que a existência social é o paraíso perdido com o qual sonhamos no nosso inconsciente.

Sem a lucidez da verdade e a prudência do distanciamento; e sem a coragem de abrir barricadas e remover conceitos que se fazem jargões autoritários, por entre os nichos de demência da Universidade, não é e não será possível sustentar a legitimidade das novas conquistas acadêmicas.

Paulo Bonavides sabe disto. A sua obra tem o vigor das grandes esperanças e ficará na história qual a travessia com que o Direito Público fez a mutação do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Justiça do pós-positivismo, e para a Constituição dos Princípios e dos Direitos de Cidadania.

Aliás, foi com os sais do seu coração cosmopolita e com a sua alma de monge da Constituição e do Direito que o Professor Paulo Bonavides, há cinquenta anos, publicou um dos livros essenciais da filosofia da idade moderna. Com efeito, *Do Estado Liberal ao Estado Social* ainda hoje permanece qual a síntese política mais evoluída acerca da Teoria do Estado, na década de 1950.

Quando deu a lume esta sua brilhante Tese de Docência, em 1958, com a qual conquistou os títulos de Doutor e Professor Catedrático, Paulo Bonavides já era, de fato e de direito, uma expressão luminosa de jurista, constitucionalista e sociólogo do direito, como prova, aliás, a sua tese de professor assistente, acerca **Dos Fins do Estado**, de 1955. Com a publicação deste livro e com a

regência da disciplina, Introdução ao Estudo do Direito, na Universidade Federal do Ceará, destacava-se como um dos nossos primeiros germanistas.

Lente do Seminário Românico da Universidade de Heidelberg, nos anos letivos de 1952 e 1953, detinha, já naquela época, títulos que o distinguiam como um dos escritores brasileiros de maior reconhecimento do seu tempo.

Aluno da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, jornalista de projeção internacional, fundador e presidente da Associação dos Jornalistas do Ceará e do sindicato dos jornalistas cearenses, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Brasil, onde foi aluno de Joaquim Pimenta; pelas edições **O Cruzeiro**, do Rio de Janeiro, publicou o seu primeiro livro de ensaios, **Universidades da América**, em 1948, com prefácio de Gilberto Freire. E com ele arrebatou o Prêmio Carlos de Laet, da Academia Brasileira de Letras, o que representava, para os padrões da época, uma consagração.

A Sociologia Educacional, disciplina que igualmente regeu no Ceará, na condição de Professor Catedrático, no início da sua militância, as lições que aprendeu com Peter Sorokin, a maior expressão da sociologia americana, na primeira década do século precedente, os reflexos da jurisprudência sociológica e da sociologia do direito que assimilou com Roscoe Pound, um de seus mestres de maior destaque, o traço tecnológico e científico da vida universitária da América, a argúcia da sua visão humanística e a sua sagacidade de jornalista e de repórter, antenados com os fenômenos empíricos do desenvolvimento, estão neste livro de Paulo Bonavides a reclamar uma nova leitura do seu texto.

1952 é um ano emblemático na vida do escritor Paulo Bonavides. O mergulho do processo de formação da literatura brasileira, exigido pela sua condição de Lente de uma das grandes universidades da Europa, operou-se, como nunca, em resposta à sua vocação de estilista. **O Tempo e os Homens**, de 1952, é o livro por excelência com que o jovem Paulo Bonavides celebra a sua condição de poeta da crítica literária e de esteta da crítica social. É este o livro que o mestre indicou para ser reeditado, em 1995, quando foi homenageado pela Assembléia Legislativa da Paraíba; e é este, por igual, o livro com que Paulo Bonavides se quis presenteado, em forma de edição primorosa, aos oitenta anos de vida.

Na década de 1960, mais precisamente em 1967, com duas excelentes cajadadas, em dois diferentes campos de pesquisa, consolida os seus estudos tópicos pertinentes à **Teoria do Estado** e consagra-se como o fundador da **Ciência Política no Brasil**. A sua **Teoria do Estado**, lastreada em argumentos sólidos da filosofia do mecanicismo, e a sua **Ciência Política**, concebida a partir do rigor metodológico e da precisão semântica, com que os clássicos iluminam o conhecimento, são exemplos de livros que resistem, no Brasil, ao sopro das renovações teóricas pouco consistentes.

E que glória poderia mais aspirar Paulo Bonavides na segunda metade da década de 1960? A construção de um pensamento próprio e de uma teoria constitucional e democrática, em torno da crise política brasileira, exacerbada, de forma acentuada, pela insanidade da ditadura militar.

A tese do partido único, a tese do esfacelamento partidário, a crise do sistema político-eleitoral e do regime de governo e a sua substituição pela tecnocracia e a burocracia militarizada são as lições com que Paulo Bonavides percorre os corredores da pesquisa acadêmica, fazendo do seu livro **A Crise Política Brasileira**, de 1968, prefaciado por Afonso Arinos, um dos documentos mais interessantes acerca dos mecanismos institucionais que modelam a vida política no Brasil.

Em 1975, Paulo Bonavides assustou os historiadores com um grandioso projeto de pesquisa - **Textos Políticos da História do Brasil**, feito em parceria com Roberto Amaral, coroando, assim, o sucesso de **Reflexões: Política e Direito**, de 1973, livro ainda hoje reeditado de forma consequente.

Encerro por aqui a projeção de focos sobre a evolução de sua obra, para registrar que a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional, revelados pelo autor entre 1980 e 1993, nunca deixaram de crescer na sua consciência, fazendo de Paulo Bonavides, com o tempo, o mais eminente dos nossos pensadores, especialmente porque na sua obra é impossível separar a ética da palavra ritmada, a metáfora da precisão terminológica, o domínio irrecusável do vernáculo dos altiplanos do conhecimento.

Paulo Bonavides é um dos nossos melhores estilitas, ao lado de José Albano e Ramalho Ortigão, Gilberto Amado e Joaquim Nabuco, Tristão de Ataíde e Arnaldo Vasconcelos, Graciliano Ramos e Machado de Assis. E isto já constitui a razão das homenagens e dos tributos com que ornamenta a sua trajetória.

Mudando agora o curso deste ensaio para a intelecção de alguns objetos de pesquisa, afetos ao discurso de Paulo Bonavides, registro que é indiscutível para mim que toda Constituição é um centro; e que toda Constituição, para além da sua forma e da sua substância, é um conjunto de normas e princípios que se abrem para a interpretação e para a riqueza inusitada dos signos que resguarda nas suas entrelinhas.

E para aqui ser fiel à teoria de Walter Benjamin e ao pluralismo semântico que permeia a teoria constitucional de Paulo Bonavides, eu tenho que reconhecer que toda e qualquer ordem que merece este nome é uma situação oscilante, à beira de um despenhadeiro.

A Constituição, neste sentido, é um rito de passagem e o Direito Constitucional é uma ordem positiva e um processo social em compasso de

mudança. É esta a lição da sociologia jurídica americana, e é este o sentido das cortes constitucionais da Europa.

A tópica aristotélica, a tópica de Gianbattista Vico, a tópica de Viehweg e a tópica de Paulo Bonavides convergem para um mesmo ponto de partida: a reconstrução constitucional de todas as latitudes do direito requer a condição das aporias e as categorias maduras da justiça como modelos primordiais da liberdade, assegurada pelos Direitos Fundamentais de todas as idades e pelos anseios de dignidade e participação.

O que me compete fazer, no entanto, a partir deste texto e diante desta noite de glórias do Direito Constitucional do Brasil, é projetar a minha visão de crítico e de poeta, de constitucionalista e de cientista do Estado por sobre as múltiplas leituras que sempre dediquei ao primeiro dos tratados de Paulo Bonavides, aquele que renovou a tradição e a cultura dos nossos estudos sistematizados.

Do Estado Liberal ao Estado Social (São Paulo, Editora Malheiros, 8ª edição, marcada com o selo do seu cinquentenário) é o livro que enfoca a visão pioneira do autor acerca da teoria política do Estado Social de Direito.

A liberdade e a paz universal, no sentido da teoria kantiana, a separação das funções do Estado, as bases ideológicas do estado moderno, o método empírico da constituição de Aristóteles, a dialética historicista de Hegel e o materialismo histórico e dialético de Marx, consagram-se neste livro de Paulo Bonavides como pontos de permanência e ancoragem do último modelo liberal e social de Estado, agora reificado pela ditadura financeira da Constituição da União Européia.

Trata-se, assim, de um livro singular e particularíssimo e de uma brilhante explanação sobre a evolução e a dinâmica da vida social e política, e sobre a organização estatal e sua pertinência com as instituições, as ideologias e os modelos orgânicos do chamado Estado Liberal.

O autor enfrenta as diversas teorias do estado contemporâneo não apenas como tipologias de orientação metodológica ou como visões axiológicas do organicismo jurídico que lhe é consequente mas como objetos do debate filosófico que aponta para a liberdade e a democracia como alicerces da Constituição e do Estado Social de Direito.

O seu texto e a sua temática filosófica, de forma certamente sagaz e, indiscutivelmente, muito pertinente, transcendem à questão da ciência política no seu sentido puro, propondo-se uma filosofia da ciência política, uma vez que busca, nas fundações da economia de mercado e da economia política (como um todo), os elementos legitimadores da estrutura orgânica do Estado.

Em sua análise especifica, como filósofo e cientista político do terceiro mundo, busca o professor Paulo Bonavides expor as origens constituintes do Estado, destacando o papel da ordem econômica como mola propulsora da dinâmica social.

Do Estado Liberal ao Estado Social é título que expõe por si só o teor dessa obra pioneira, que se debruça, para além de suas intenções políticas, sobre as investidas do capitalismo, mostrando-nos que os eventos consequentes da ordem econômica balizam a questão da propriedade e da ordem jurídica.

Os fundamentos da pesquisa de Paulo Bonavides recuam para o início das transformações ocorridas no seio da sociedade pré-capitalista, dissertando o autor acerca do contexto histórico anterior à queda da Bastilha, quando o sistema monárquico-absolutista cerceava a liberdade de uma classe social emergente, propulsora de um novo modelo de produção, fundado no mercantilismo e na livre iniciativa.

A história nos mostra que a evolução do modo de produção e a sistematização do poder político guardam uma relação de reciprocidade. Assim sendo, como classe emergente e representativa do modo de produção capitalista, não demorou muito para que o estamento burguês viesse a assumir o controle do poder político do Estado, uma vez que os interesses do absolutismo monárquico, e especialmente do absolutismo francês, eram antagônicos em relação aos interesses do capitalismo.

E desta forma, remando contra a evolução da sociedade, cuja tradição governava em nome de seus privilégios excludentes, a monarquia sucumbiu ao poder econômico e ao desejo irrefreável dos súditos em exercer o seu direito natural à liberdade, sob a chancela da livre concorrência e a utopia da prosperidade.

A Revolução Francesa, segundo o pensamento do autor, seria a "pedra filosofal" sob a qual se constitui o Estado capitalista, esclarecendo-nos que a ideologia política ali gerada se universalizou tanto quanto a religião do Império Romano. Tal revolução, como sabemos, desencadeou renovações institucionais sob uma tríade de direitos fundamentais da humanidade, lastreados na liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira forma estatal advinda da revolução burguesa foi o Estado Liberal, fundamentado, todo ele, em relações econômicas alheias ao braço interventor do Estado. Sob esta forma estatal deu-se a promulgação das constituições dos futuros Estados de Direito e a decretação dos códigos da sociedade civil, todos revelados com o fim de resguardar as relações sociais deste modelo econômico e social.

Nasce o Estado Liberal qual uma organização de poderes separados, visando-se, com isto, à proteção da sociedade contra os rigores do absolutismo então destituído; alicerçando-se no modo de produção capitalista e em meio às revoluções tecnológicas que determinaram, a seu turno, as revoluções do capitalismo industrial e mercantilista.

O Estado Liberal, na verdade, não apregoou a liberdade consubstanciada no direito natural, sob a qual poderíamos atribuir ao sujeito político a sua efetiva

dimensão no plano social. A liberdade desse Estado limita-se ao poder da livre iniciativa econômica sem o intervencionismo estatal. Neste trato positivista da liberdade residiu, para o autor, a fragilidade desse modelo de Estado.

Sabemos, de ciência própria, que a exposição kantiana surge no âmago da revolução burguesa, nas origens do Estado Liberal. Valida os anseios do indivíduo por sua liberdade em face do antigo regime, lastreado no poder clerical e monárquico, mostrando-nos Kant que a conduta humana, até então, era cerceada pelos credos religiosos e totalitários.

Kant institui o princípio da validação universal, libertando a análise filosófica e hermenêutica da sua influência indiscutivelmente religiosa. O poder controlador da liberdade recém-auferida passa a ser o dever. O pensamento de Kant, como sabemos, consiste num pacto entre a liberdade individual irrestrita e a responsabilidade que esta pressupõe. A vontade individual age como imperativo determinante da responsabilidade e do dever, perante a dinâmica do processo político.

No imperativo categórico de Kant, o indivíduo goza a sua liberdade de forma plural e irrestrita, porém vinculada às normas da moral. Este mecanismo imperativo centraliza a ação do indivíduo como mola propulsora das relações sociais e, consequentemente, da organização estatal que as contém.

Casou-se, assim, perfeitamente, o imperativo categórico de Kant com os preceitos do Estado Liberal, pois as restrições às liberdades individuais residiriam, neste caso, na dicotomia entre a vontade e o dever.

Esta fundamentação da filosofia da moral kantiana é de essencial importância para a compreensão dos alicerces do Estado Liberal e das repercussões do pensamento de Kant na evolução das formas estatais subsequentes.

Estas as lições de Paulo Bonavides. Esta a interpretação que pude fazer da sua obra, tanto mais profunda quanto iluminada pelos faróis da sua linguagem criativa.

Paulo Bonavides, no entanto, não para por aí com o seu argumento de maestro e com o seu discurso teórico do estado social de direito. Fiel ao quadro evolutivo que traçou em sua obra, explana, por igual, o pensamento de Hegel, advindo dos conflitos sociais emergentes nos primórdios do capitalismo industrial. Na visão kantiana havia um isolamento do indivíduo, não havendo espaço, no seu imperativo categórico, para as produções da dinâmica social.

Para Hegel, os homens são seres históricos dotados de autonomia no plano de suas ações sociais e culturais, existindo, para além de sua vontade individual subjetiva, uma outra potência de vontade muito mais poderosa, que determina a vontade objetiva, inscrita nas instituições culturais e políticas.

Desta feita, a vida política seria um acordo harmônico entre a vontade subjetiva individual e a vontade objetiva cultural. Neste amálgama, o princípio

das liberdades individuais se faz o apanágio e a pedra de toque do sistema social e jurídico, cerceado, contudo, pelos imperativos de ordem pessoal, submetidos ao curso do ordenamento coletivo.

O que chama a atenção, na exposição de Paulo Bonavides, é a dicotomia presente nas formas estatais e a sua correlação com a questão da liberdade, que somente é percebida em sua realidade na condição do Estado Social dos Direitos Fundamentais, com hegemonia na sociedade.

Karl Marx, como sabemos, acompanhou de perto a evolução do modo de produção desde os seus primórdios e teorizou em torno das dicotomias geradas nas relações sociais, tornando suscetível o questionamento do conceito de valor, lastreado no trabalho humano. E vislumbrou a agregação desse valor como elemento propulsor do conceito de riqueza, teorizando, por último, sobre a apropriação da riqueza e a mais-valia.

Os conflitos sociais entre capitalistas e trabalhadores, que resultaram nas utopias socialistas e no Estado Socialista, de orientação marxista, provocaram mudanças adaptativas no Estado Liberal, que desaguariam no Estado Social contemporâneo.

Referido Estado, como sabemos, tinha por tarefa primordial e irrenunciável assegurar o direito constitucional da igualdade, com o mínimo possível de sacrifícios das franquias liberais. Firmou-se, assim, qual um Estado predominantemente motivado a debelar as crises do capitalismo.

O Estado Social, objeto da tese defendida pelo autor, como fundamento do direito à democracia, deriva do consenso e das mutações específicas da sociedade e da gradual acomodação dos interesses sociais e econômicos.

Nos dias atuais, o Estado Social sofre com a insurgência da globalização neoliberal, ordenamento econômico que desloca o capitalismo do seu foco da mais-valia, fundada na apropriação da riqueza pelo empresariado, vez que, em tempos de globalização do capital, a apropriação e o acúmulo de riquezas perfazem-se através dos ativos financeiros e não a partir dos bens de produção duradoura.

E nesta ordem do capital especulativo, volátil e sem nacionalidade, os recursos financeiros migram em busca de sua rentabilidade, fragilizando em poucos momentos as economias nacionais e, por conseguinte, a sua estrutura política e deliberativa.

O neoliberalismo está incutindo um contra-senso aos preceitos da liberdade social, herdada da revolução burguesa, pois é notório o cerceamento dos Direitos Fundamentais que a presente ordem econômica desfere contra as políticas públicas do terceiro mundo.

A preservação da conjuntura política do Brasil, a despeito de sua corrosão constitucional, evidencia a perversão e a falta de substância principiológica desse arcabouço macroeconômico, que submete o Estado brasileiro ao querer

da sua alquimia financeira, exercendo o seu poder de pressão sobre a feitura do nosso ordenamento.

O neoliberalismo, para o autor, não tem por natureza uma forma política, regra de poder ou sistema doutrinário. Seria tão-somente um aspecto secundário do modo de produção capitalista que aí se acha inoculado. Um aspecto da categoria histórica da organização e não um elemento da Constituição ou da Soberania.

A obsolescência do padrão neoliberal de Estado dar-se-ia face à impossibilidade de termos, atualmente, a intercomunicação entre os poderes, essencial à resolução das contingências de equilíbrio político. Expõe o autor que o lastro da separação ou divisão dos poderes cedeu lugar à consideração da soberania sobre a distinção, coordenação e colaboração entre as esferas de governo. Mas poderia também decorrer da ascensão natural da liberdade, defendida positivamente pelo liberalismo e exacerbada pelo direito constitucional de quarta geração, no caso o direito à democracia e à solidariedade.

Este direito à democracia seria o arcabouço do Estado Social, sendo que as demais formas estatais ou regimes políticos a ele correlatos serviram tão-somente de suporte doutrinário e hermenêutico desse modelo de Estado, tido pelo autor como "axioma da democracia" e "verdade da ciência política".

E o Estado Social, assim considerado, seria o objeto máximo de preocupação de todos os filósofos do Direito, assestado o seu contexto semântico para a igualdade, a superação dos conflitos sociais e a incorporação dos direitos coletivos entre os elementos orgânicos do Estado.

A Constituição do Estado Social decorre soberania popular, isto é, tem raízes fincadas na sociedade. A democracia não tem caráter positivo, pois é decorrência do jusnaturalismo e a legitimidade se afirma pelo seu caráter procedimental. As constituições européias do pós-guerra estão impregnadas deste sentimento, dando especial atenção aos Direitos Fundamentais e à sua concretização.

A utopia da propriedade estatal e a planificação estatal do totalitarismo buscaram estancar as mazelas sociais, presentes no capitalismo industrial. Essa tentativa, no entanto, tolheu, em grande parte, os Direitos Fundamentais Individuais, sobretudo o direito à democracia, sem o qual não podemos falar em liberdade.

Acrescento, ademais, que as liberdades referidas, nas formas estatais questionadas, são contundentemente refutadas por Nietszche, para quem a moral, as normas e as regras impostas ao convívio social são aversivas à liberdade. A sua realização, perante as formas estatais sugeridas, somente seria atingida com a transgressão de tudo o que está socialmente posto, em vista a positivação da justiça e dos anseios da vida social.

No Brasil, infelizmente, diversos traços do Estado Social ainda estão à margem da Constituição Política e de nossa Constituição Material. E isso porque os operadores do direito carecem da percepção de que as normas e os princípios jurídicos, como produção social, não são disposições legais de proteção de privilégios, mas instrumentos de concretização das liberdades e da Justiça Social.

O que se observa, de regra, no Brasil, é a completa negação da dinâmica social e da justiça, em prol de uma realidade positivamente traçada pela lei, e que não corresponde à eterna mutação do Direito, perdendo, o universo jurídico, o seu caráter inovador e democrático, face à degradação da sua eficácia, soberanamente ameaçada e financeiramente quase corrompida.

Os pensadores clássicos e os teóricos da economia liberal costumam retratar, com bastante precisão, o antagonismo inconciliável entre o mundo jurídico e a realidade, classificando a práxis do Direito como a utopia alegre da abundância, sistematicamente negada pela economia.

A prova dos devaneios dos nossos Tribunais estaria, a meu juízo, na figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, como se fosse possível a um colegiado jurídico-político (o STF) retratar, positivamente, a realidade do Direito ou validar aspectos que dizem respeito aos alicerces constitutivos do Estado. A constitucionalidade e a dimensão constituinte do Estado são fornecidas pela própria dinâmica social, como mostra muito bem o professor Paulo Bonavides, em toda a sua obra de jurista.

Talvez o presente quadro da realidade jurídica em que vivemos seja fruto das perversões da ordem financeira, estágio derradeiro e instrumento depreciativo da dignidade e da condição humana do sujeito, com sérias restrições ao comportamento ético da conduta.

Na forma de um jargão bastante conhecido, a ética somente funciona quando a falta de ética pode causar prejuízo. Segundo a filosofia aristotélica e a filosofia de todas as idades, a ética é a estética da conduta. Ali onde imperam os critérios da rentabilidade do capital, a ética é a estética do capital. E a sofisticação do capital, acrescento, seria a representação do sagrado e o fundamento teológico a justificar a presença de Deus no Ocidente.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Universidades da América.** Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1948.

_____. **Dos fins do estado.** Fortaleza: Instituto do Ceará, 1955.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **A crise política brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. **Reflexões:** política e direito. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1973.

_____. **Ciência política.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967.

_____. **Teoria do estado.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O tempo e os homens.** 3.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Textos políticos da história do Brasil.** Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1976.

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: A OBRA PRIMA DE PAULO BONAVIDES

Paulo Lopo Saraiva[1]

Paulo Bonavides escreve como jornalista, pensa como filósofo, argumenta como advogado, luta como político e educa como professor. Em sua límpida e exemplar caminhada, o Mestre de Fortaleza tem se consagrado como o paradigma da nossa sociedade, pelo exemplo cultural de suas produções literárias e pelo valor ético da sua conduta ilibada.

Neste ano, comemoramos o cinquentenário de sua admirável "lição de cátedra", proferida no histórico concurso realizado pela Faculdade de Direito do Ceará, em 1958. Falando para uma Banca Examinadora de alto nível, presidida pelo saudoso jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, o professor Paulo Bonavides sagrou-se vencedor, inaugurando, assim, a via magna da doutrina jurídica social brasileira.

Muitos já assinalaram, aqui e alhures, a importância científica da tese de cátedra de Paulo Bonavides. Os comentos acerca da erudição filosófica, jurídica, sociológica, literária e política da referida obra já ocuparam a atenção e o desvelo de variegados e brilhantes juristas pátrios e alienígenas.

Importa-nos, nesta resenha, evidenciar alguns tópicos primaciais dessa obra clássica. Já dissemos alhures:

> Um dos textos mais importantes de Paulo Bonavides é a sua tese de cátedra, intitulada "Do Estado Liberal ao Estado Social". Nela, o Mestre de Fortaleza traça, com rara maestria, os conceitos básicos do liberalismo-político e econômico e do socialismo democrático. Numa linha inovadora de apreciação científica, ele fixa os elementos nucleares das duas ideologias e define, com clareza solar, o socialismo democrático. Ninguém, em tempo algum, escreveu com tanto brilho o sentimento coletivo. Paulo Bonavides é o esgrimista da democracia, o paladino da cidadania, o arauto das ideias criativas e

1 Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC\SP. Mestre em Ciências Políticas e Sociais pela Universidade Técnica de Lisboa. Conselheiro Federal e Estadual da OAB. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN, da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN e da Escola Superior da Magistratura-ESMARN. Professor visitante da Universidade de Coimbra. Procurador do Estado aposentado e Advogado.

> estruturantes. Rever o pensamento bonavidiano sobre Kant, Hegel, Rousseau, Montesquieu, além de ser um saudável exercício de boa leitura é sobretudo uma reflexão sobre o que há de melhor, na literatura jurídica, sobre esta temática filosófica.[2]

Quatro pontos cardeais merecem destaque nesta análise. O primeiro refere-se ao enfoque do Estado Liberal. De fato, Paulo Bonavides é pioneiro na abordagem filosófica, pertinente à transição entre o Estado Liberal e o Social. Foi, em verdade, o primeiro ensaio escrito no Brasil sobre o Estado Social. A obra do Mestre de Fortaleza já serviu de supedâneo a muitas teses doutorais. Para a minha Tese de Doutorado, "Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil", defendida e aprovada na PUC-SP, há 25 anos, e prefaciada – ao depois, por ele, esta obra foi basilar. Com arrimo nela, escrevi:

A Monarquia Absoluta chegara ao seu ápice. A personificação das funções e órgãos estatais impulsionara o monarca a declarar que o Estado era ele próprio. L'état c'est moi. Era impossível imaginar maior concentração de poderes e maior soma de arbítrio. O centro das decisões político-administrativas fixava-se no rei que, como todo-poderoso, dirigia, a seu talante, a sociedade integral. Os chamados três poderes, que deviam funcionar de modo independente e harmônico, concentravam-se nas mãos reais e só contemplavam política e juridicamente as duas classes reconhecidas: a nobreza e o clero. Ante um quadro tão hostilizador, o Terceiro Estado (povo e burguesia) desenvolve um trabalho de conscientização, para propiciar mudanças estruturais na sociedade francesa. Já antes, como vimos, os enciclopedistas formularam novas e poderosas ideias acerca do Estado, da Constituição, da divisão de poderes, que, a pouco e pouco, foram influenciando as outras classes sociais, até torná-las adeptas dos novos rumos que a nação estava a exigir. A insurreição contra a corte absolutista demandava coragem das forças marginalizadas, pois só elas, mais numerosas e quantitativamente fortes, haveriam de vencer a monarquia insensível aos reclamos populares e aos imensos problemas que, cotidianamente, afligiam as camadas sociais de menor poder. Atraída pela torrente revolucionária, que tinha no Abade Sieyès um dos seus mais ferrenhos panfletários, a multidão destronou a Bastilha, no dia 14 de julho de 1789, derruindo, assim, a prisão mais célebre do reinado de Luiz XVI e Maria Antonieta, proclamando a boa nova que se resumia no hino da vitória: Alons, enfants de la patrie, le jour de gloire est arrivé. Estava vencida a Monarquia Absoluta. Era vencedor o povo,

---

2 SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito Constitucional Contemporâneo:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ou, mais claramente, o Terceiro Estado. Estava o rei substituído pela Nação. Urgia, pois, o estabelecimento das medidas iniciais que pudessem transfigurar a face do falecido Estado, a fim de que surgisse um outro, mais consentâneo com as necessidades da época. Um estado que tivesse como centro, não o rei, mas a lei. Passa-se então,do L'état c'est moi para o L'état c'est la loi. O Liberalismo não é somente um comportamento político, todavia é, também, uma postura filosófica que busca a explicação do homem, por meio de uma de suas prerrogativas: a Liberdade. Ao invés do comando da pessoa, transita-se para o comando da lei, surgindo, daí, o princípio basilar do Estado Liberal: a legalidade. A teoria dos três poderes, consolidada por Montesquieu, vai iluminar o Estado Liberal, coibindo o arbítrio dos governantes e oferecendo segurança jurídica para os governados. Como afirma Silveira Neto, toda a preocupação do Estado Liberal é a preservação da liberdade do homem. Entretanto, como essa liberdade não pode ser ilimitada, pois isso significa a anarquia, a lei é o meio de conciliar a autonomia individual com a disciplina exigida pela sociedade.

O Estado Liberal é o Estado legalmente contido, por isso chamar-se, também, Estado de Direito. Queiroz Lima indica duas características essenciais desse tipo de estado: a) limitação jurídica do arbítrio do poder público; b) estabilidade jurídica das garantias individuais. Não se pode admitir o progresso político, desde que falte alguma destas duas condições, das quais a segunda é uma consequência da primeira. Na esfera econômica, a doutrina liberal se manifesta através da preservação da propriedade privada e da riqueza individual, insurgindo-se contra toda e qualquer forma de intervencionismo estatal, com a adoção do histórico slogan capitalista: laissez faire, laisez passer que lê monde va de lui même. No campo político, o Estado Liberal consagra o sistema representativo popular, a democracia parlamentar e o respeito à lei, como técnica de combate à tirania. O Estado Liberal, Estado de Direito ou Estado Constitucional apresenta uma caracterização própria.

O Estado de Direito, ou em sentido material, como o denomina Kelsen, contém as seguintes notas, na lição de Mario Justo López: a) finalidade personalista: a dignidade da pessoa humana, supremo valor terreal; b) meios genéricos e principistas: 1) político: soberania do povo (nenhum indivíduo nem grupo particular de indivíduos tem, por direito próprio, a faculdade de reger a comunidade); 2) jurídico: império de lei (condução da comunidade de acordo com normas a que devem sujeitar-se os ocupantes dos cargos ou funções de governo e não de acordo com sua livre vontade); c) técnicas jurídicas: 1) supremacia das normas jurídicas fundamentais – Constituição - , entre as quais se inclui a declaração de direitos; 2) distinção entre poder constituinte e poderes constituídos (rigidez constitucional); 3) divisão orgânica e funcional entre os

poderes constituídos; 4) independência do Poder Judiciário; 5) designação por eleição de titulares do poder constituinte e dos poderes constituídos, mediante competência pacífica normativamente regulada; 6) legalidade administrativa; 7) controle da atividade dos órgãos estatais e institucionalização da oposição. O Estado Constitucional se inicia, historicamente, com a edição das Constituições das colônias americanas que se transformam em estados soberanos e investem contra a metrópole britânica, mas encontra sua expressão máxima no processo da Revolução Francesa, promulgador da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; das Constituições Francesas, de 1791, de 1793, de 1975 e 1799. O desenvolvimento do constitucionalismo, no correr de todo o século XIX até o início da Primeira Guerra Mundial, apresenta uma outra série de documentos básicos, tais como: As constituições francesas de 1814, 1830, 1848 (Segunda República), 1852 (Segundo Império) e as leis constitucionais de 1875 (Terceira República). Anotam-se, ainda, a Constituição de Cádiz, de 1812, a primeira de um grande número de constituições espanholas. A constituição sueca, de 1890, a norueguesa, de 1814, a grega, de 1831. Idêntico processo ocorre na América Latina e em outras partes do mundo. Na estruturação do Estado Liberal, encontramos, também, segundo o autor citado, as chamadas técnicas do Constitucionalismo, que configuram as próprias instituições liberais: a) supremacia das normas jurídicas consideradas fundamentais – Constituição – entre as quais se incluem as Declarações de Direitos e suas garantias; b) distinção entre poder constituinte e poderes constituídos (rigidez da Constituição; c) divisão orgânica e funcional dos poderes constituídos; d) independência do poder judiciário; e) designação por eleição dos titulares do poder constituinte e dos poderes constituídos, mediante competência pacífica, normativamente regulada; f) legalidade administrativa; g) controle da atividade dos órgãos estatais e institucionalização da opinião. As Declarações de Direitos, matéria constitucional, compõem a moldura do Estado Liberal, contendo todas as diretrizes jurídicas políticas, sociais e econômicas dessa fase histórica que consolida o Constitucionalismo mundial. A lei, produto da atividade legislativa, deve ser elaborada por um corpo escolhido democraticamente para tal mister. A assembleia constituinte, na visão liberal, não é um simples Parlamento, mas um Congresso instituidor de um novo Estado e, por conseguinte, de uma nova ordem jurídica. Os liberais distinguem, sempre e de modo nítido, o poder constituinte dos poderes constituídos. No primeiro plano, eles situam aquele poder incondicionado que materializa a vontade popular, através da Assembleia Constituinte, produzindo, por fim, uma nova Constituição. No segundo plano, eles colocam os poderes constituídos, consequência do exercício do poder constituinte, modernamente entendidos como instituições permanentes, delineadoras das conquistas humanas. O Estado Liberal apresenta-se, portanto, como a iniciativa

de uma classe e não como proposta do povo, na edição universalmente conhecida. O Estado é o cenáculo da Burguesia, em detrimento de grande massa proletária que a ele tem de aderir. Em verdade, os acontecimentos históricos, relativos ao último quartel do século dezoito (1776), de todo o século XIX e do atual, emolduraram uma nova espécie estatal, profundamente diversa daquela sonhada vivenciada pelos liberais. As necessidades sociais, evidenciadas, em princípio, pela Revolução Industrial e, posteriormente, pelos movimentos socialistas que se sucedem, ao longo do tempo, demonstram, com clareza, que não basta ao ser humano o atributo da Liberdade, mas há um imperativo maior, que é a própria condição de usufruir dessa liberdade, ou seja, a condição sócio-econômica capaz de admiti-la como pessoa humana. As transmutações ocorridas na Europa, no século XIX, denunciam um novo posicionamento popular, intrinsecamente vinculado à questão social, mal do século, que obrigou os estadistas a mudarem seu conceito sobre Estado, buscando uma nova ordem jurídica e econômica, ou tentando, como se verá, um Tertium Genus, que não padecesse do liberalismo excessivo, tampouco portasse a coação do socialismo revolucionário. Verificou-se que a posição absenteísta do Estado não acompanhava a marcha do tempo, de vez que o proletariado, nova classe social, começava a impor sua vontade, através de atitudes inusitadas, proclamadoras de uma desconhecida verdade histórica. A sociedade exigia do Estado um outro comportamento. Era o crepúsculo do Estado Liberal. Adviera o Estado Social. O intervencionismo, o controle de segmentos privados, a participação ostensiva do Estado nas mais diversas atividades, tudo fazia concluir que o tipo liberal fora sucedido pelo tipo social."[3]

O segundo aspecto relaciona-se à abordagem sobre o Estado Social. E aqui, como já o dissemos, está a novidade cultural oferecida por Paulo Bonavides há 50 anos. Conforme registramos na defesa de nossa Tese, o Mestre, em magistral análise acerca das bases ideológicas do Estado Social, alude a que o Manifesto Comunista, ponto de partida da ideologia de Marx, poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social.

No paralelo estabelecido entre a obra de Marx e a de Rousseau, afirma o professor cearense que é impossível o exame do Estado Liberal e Social sem a visão histórica dos dois grandes pensadores e que, ao fim e ao cabo, concorreram ambos para a implantação de uma ordem política e social que fanatizou milhões de adeptos. Ambos, para empregarmos conhecido conceito de filosofia hegeliana da história, encarnaram, num determinado momento dialético, o giro da ideia.

---

3 SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 7-11.

A contribuição de Rousseau para a implantação do Estado Social exsurge pela teoria do consentimento, isto é, a vontade geral só pode expressar-se por meio do consenso geral.

É ainda Paulo Bonavides quem doutrina: " em suma, há de ser a democracia o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais"[4]. Democracia é conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretecida de entusiasmo e boa vontade. A democracia implica na universalização do sufrágio, o que basta para distingui-la radicalmente da visão do liberalismo.

Se Marx, no início do Manifesto, verbera contra os detentores dos meios de produção, Rousseau, no pórtico do Contrato, lamenta a sorte do homem: L'homme est né libre, et partout il est dans les fers (O homem nasceu livre e por toda a parte se acha escravizado).

Marx é irônico e agressivo: um espectro atormenta a Europa, o espectro do comunismo. Todas as potências da velha Europa uniram-se numa santa cruzada, a fim de perseguir esse espectro: o Papa e o Czar, Metternich e Guizot, os radicais da França e os policiais da Alemanha. Onde está o partido de oposição não denunciado como comunista por seus adversários ao poder? Onde está o partido de oposição que não haja devolvido a infamante censura de comunismo aos mais avançados oposicionistas, assim como a seus adversários reacionários?

Embora percorram caminhos diferentes, os dois reformadores políticos buscam um mesmo objetivo: a igualdade humana. A teorização do Estado Social deve a ambos um legado inestimável.

Enquanto Marx condena de modo violento os erros capitalistas, propugnando pela brusca reforma social, Rousseau procura instrumentalizar a sociedade através da audiência popular, fornecendo legitimação ao exercício do poder.

Não pode haver Estado Social sem a participação do povo no processo político, assim também sem a correta distribuição da riqueza nacional. A fronteira dessas duas idéias básicas, na prática, continua nebulosa.

Daí o Prof. Paulo Bonavides afirmar: "dizer até onde poderíamos aceitar o socialismo, numa explanação dialética do ponto de vista que sustentamos, alargaria por demais o acanhado espaço dessas reflexões e fugiria, em parte, aos fins que o tema comporta." [5]Contudo, não é difícil compendiar essa posição se dissermos que o socialismo se torna admissível até onde sua prática não colide com a liberdade, isto é, com a manutenção de certos valores que ornam a

4 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

5 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59.

personalidade humana. No ponto em que a contradição em apreço se evidenciar explosiva, aí então a experiência socialista deverá determinar-se para não banir do homem o que nele há de mais caro, que é a sua condição de pessoa.

Mas essa condição de pessoa só será obtida integralmente quando o Estado propiciar a todos e a cada um, in limine, trabalho e habitação condignos, além dos outros direitos sociais (educação, cultura e previdência).

Merece ampla acolhida a lição de Modesto Carvalhosa, que justifica a inserção do Estado Social no Estado de Direito como meio de não só garantir formalmente a liberdade humana, no binômio Estado-Indivíduo, mas ainda de interferir, se necessário, para manutenção dos direitos individuais.

Ensina o citado mestre paulista que no Estado de Direito, a justiça exsurgida do ordenamento se apresentava apenas formalmente. Garantiam-se as aspirações individuais de liberdade, fundada esta no dualismo Estado-Indivíduo. Impunha-se a maior abstenção do Poder Público como requisito da realização das prerrogativas fundamentais do homem. A essa concepção do Estado de Direito – supremo garantidor das aspirações individuais – acrescentou-se mais recentemente uma outra, qual seja, a de que ao Estado cabe não somente dispor formalmente sobre os direitos e garantias individuais, como também intervir normativa, administrativa e operacionalmente, visando concretamente a tutelar as prerrogativas individuais.

Denota-se, por conseguinte, que o Estado Social, longe de negar as conquistas relativas aos direitos e garantias individuais, amplia-lhes o campo, aditando um substratum sócio-econômico.

O Estado, então, não apenas protege os direitos individuais (art. 5º), como também os direitos coletivos (arts. 7º e 193 da Constituição Federal).

Um outro aspecto requer exame nessa linha de pensamento, o que se correlaciona com a interpenetração dos elementos do Estado de Direito com os do Estado Social.

Para usar novamente a magistral análise de Modesto Carvalhosa, constata-se que permanecem as conquistas inseridas no primeiro, como seja: o reconhecimento dos direitos subjetivos como garantia suprema dos interesses individuais e as regras de justiça comutativa – expressão necessária da ideologia individualista. Acrescentam-se, no entanto, à conformação do Estado, os princípios da justiça distributiva, representada pelas regras que facultam e determinam a integração do indivíduo no agregado social, em termos de solidariedade e de direitos e obrigações comunitários. Por outro lado, inexiste no Estado Social a política de abstenção do Poder Público que caracterizava o Estado de Direito, por isso que a realização da justiça distributiva está condicionada a

uma ação positiva e institucional do Estado, que se traduz pela iserção, no ordenamento, de uma direção política à ordem econômica.

A herança fundamental do Estado de Direito – as prerrogativas e garantias individuais – continuam indispensáveis como requisito mesmo da justiça distributiva, por isso que não se pode conceber um Estado Social que não reconheça as prerrogativas fundamentais de igualdade e capacidade política dos indivíduos. Isso porque o Estado autocrático – ainda que normativamente se proponha a realizar a justiça distributiva – funda-se essencialmente na ideia de sujeição do indivíduo, impedindo, dessa forma, o desenvolvimento da personalidade humana. Não há que se falar, portanto, em justiça distributiva quando não se outorga ao zoon politikon o pleno evolver-se de sua vocação, que além de ser gregária – como também o é da maioria dos animais – distingue-se por ser política, no sentido de poder participar do governo da cidade, ou seja, de ativamente forjar a história.

Na sequência dessas assertivas, observa-se que o Estado de Direito, de feição liberal, transmuta-se no Estado de Direito, de matiz social, garantindo a liberdade individual e assegurando, como possíveis, as condições existenciais da pessoa humana.

Já em 1932 o sempre pranteado das letras jurídicas nacionais, Pontes de Miranda, em obra memorável, assinalava: O Estado melhor, no momento, do Mundo, com as adaptações a cada povo, é o Estado: socialista, liberal e democrático.

O Socialismo, segundo o imortal jurista, evitaria as nefastas consequências do Estado demoliberal; O Liberalismo asseguraria as conquistas políticas e a Democracia seria o coroamento dos outros dois regimes.

Ou esta solução, ou a mais drástica, na versão do grande mestre. Em verdade, a concepção do Estado Social parece não ter sido ainda captada com nitidez.

Uma das mais modernas análises do Estado Social foi realizada por Agustín Gordilho, emérito jurista argentino e já bastante conhecido no nosso meio juspublicista. Assevera ele que o traço diferencial entre o pensamento liberal clássico e o do Estado Social (que denomina Estado e Bem-Estar) reside no fato de o primeiro apenas criar obstáculos ao Estado (preceitos negativos), enquanto que o segundo, sem elidir tais preceitos, imprime obrigações positivas (preceitos positivos).

Tanto isso é verdade que o Welfare State, como já dissemos , ao invés de negar Rechtsstaat, pelo contrário, assegura-lhe a permanência e propicia-lhe novo dimensionamento.

Para conclusão desse importante tópico, examinaremos as diferenças fundamentais entre Estado Social, Estado Socialista e Estado Comunista.

O Estado Social será, na versão democrática, o aperfeiçoamento do Estado Liberal, seu prosseguimento natural. O Welfare State concretiza-se pela intervenção cada vez mais crescente, e pela ampliação do campo de domínio estatal.

Muitos cientistas políticos modernos denominam Social-Democracia, aos tipos de Estado vigorantes no mundo ocidental, tais como Inglaterra, Alemanha, Suécia e outros países europeus.

Estado Socialista é aquele que concorre com a iniciativa privada, nacionaliza e dirige parcialmente os meios de produção, na lição de Paulo Bonavides.

Estado Comunista, na visão revolucionária, é o que planeja e dirige integralmente os meios de produção, buscando o nivelamento das oportunidades e possibilidades comunitárias.

Essas tentativas de conceituação, com certeza, não visam a dogmatizar o tema, mas apenas traçar-lhe algumas linhas definitórias. Como é conhecido, não há exatificação nos conceitos político-ideológicos em face de ser impossível afugentar suas zonas cinzentas.

Essa permanente luta testifica o insano trabalho da Igreja Católica que, através da mensagem dos seus eminentes pontífices, tem buscado encontrar um Tertium Genus, termo conciliatório entre o Capitalismo e o Socialismo Revolucionário, capaz de estabelecer para a humanidade um regime híbrido que, ao mesmo tempo em que garanta a liberdade política, promova a justiça social"[6]

Em terceiro lugar, podemos deduzir do texto bonavidiano a tentativa de um *Tertium genus*. É o que escrevemos há cinco lustros:

> Após longo tempo, a Igreja Católica abandonou sua posição conservadora para abordar a questão social.
> Diz-se até que, na corrida cronológica, a Igreja permitiu que os socialistas revolucionários assumissem a liderança das massas exploradas, pois somente depois de quarenta e três anos do aparecimento do Manifesto Comunista, é que foi promulgada a primeira encíclica papal dedicada aos problemas sociais.
> Foi Leão XIII que, por meio da Rerum Novarum, tornada pública, em 15 de maio de 1891, enfrentou o debate social, numa demonstração eloquente de que à Igreja não cabe apenas o pastoreio espiritual, mas também a orientação material dos fiéis.

---

6 SARAIVA. Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.12-18.

O pontífice da questão social defendeu, na sua mensagem, que os direitos sociais estão ínsitos à condição humana e profaná-los é merecer a condenação divina.

Em 1931, dando continuidade aos escritos sociais, o Papa Pio XI lançou para o mundo católico outro importante documento apostólico, a encíclica Quadragesimmo Anno, reafirmando as teses esposadas por Leão XIII.

Para suceder Pio XII no trono de São Pedro, foi escolhido um modesto cardeal, que se tornaria uma das maiores expressões da Igreja: O Papa João XXIII.

Pontífice de uma época agitada por muitos acontecimentos históricos, João XXIII promulgou, em 1961, a encíclica Mater et Magistra, documento inovador que, de logo, recebeu a adesão de todas as camadas sociais.

A nova encíclica centra-se em dois princípios basilares: comunidade e socialização.

Definindo esse último elemento, preconiza o papa do Concílio Ecumênico Vaticano II: A socialização é um dos aspectos característicos da nossa época. Consiste na multiplicação progressiva das relações dentro da convivência social e comporta a associação de várias formas de vida e de atividade e a criação de instituições jurídicas.

O Papa da Paz, como foi cognominado, insiste em que patrões e proletários precisam conviver num clima de fraternidade cristã e solidariedade humana, evitando tanto as arremetidas do capitalismo selvagem, quanto a violência do socialismo revolucionário.

Na encíclica Pacem in Terris, promulgada em 1963, João XXIII apela para o senso de boa vontade de todos os homens, a fim de que os homens todos possam viver codignamenta, segundo os ditames da doutrina cristã.

O Papa Paulo VI, sucessor do camponês de Soto il Monte, pela encíclica Populorum Progressio, reacende a necessidade do diálogo eclesiástico com todas as nações, ressaltando a situação de penúria do chamado Terceiro Mundo.

João Paulo II revelou na encíclica Redemptor Hominis, de 1979, nova preocupação com os problemas sociais, acentuando que o homem hodierno está sempre escravizado ao que produz, numa clara referência à

era tecnológica que, o mais das vezes, desumaniza o próprio ser humano.

A encíclica Laborem Exercens reflete a posição da Igreja com relação ao Trabalho humano.

Promulgada em maio de 1981, ela comemorou o 90º aniversário da Rerum Novarum e analisou, de modo vertical, todas as dimensões do labor humano.

Com a inserção do tema no vasto contexto dos direitos do homem, prega o Sumo Pontífice que se o trabalho – nos diversos sentidos da palavra – é uma obrigação, isto é, um dever, ele é, ao mesmo tempo, fonte também de direitos para o trabalhador. Tais direitos hão de ser examinados no vasto contexto do conjunto dos direitos do homem, direitos que lhe são conaturais, tendo sido muitos deles proclamados pelas várias instituições internacionais e estão sendo cada vez mais garantidos pelos diversos Estados para os respectivos cidadãos.

O Papa aponta três palavras básicas: trabalho como dever de alguém, como direito e merecendo garantia de vários Estados.

Numa alusão mais frontal, o Papa sustenta que há necessidade de dar trabalho a quem tem condições de desempenho.

Proclama ele: ao considerar os direitos do homem do trabalho em relação com este 'dador de trabalho indireto', quer dizer em relação com o conjunto das instituições que, a nível nacional e a nível internacional, são responsáveis por toda a orientação da política do trabalho, deve voltar-se a atenção antes de mais nada para um problema fundamental. Trata-se do problema de ter trabalho ou, por outras palavras, do problema de encontrar um emprego adaptado para todos aqueles sujeitos que são capazes de o ter, o contrário de uma situação justa e correta neste campo é desemprego, isto é, a falta de lugares de trabalho para as pessoas que são capazes de trabalhar.

Por fim, João Paulo II refere-se à importância dos sindicatos, como meio de garantir os interesses da classe obreira, na defesa das reivindicações e na luta por melhores condições sociais.

A Igreja, ao longo dos últimos anos, tem buscado encontrar uma terceira solução, no campo dos regimes políticos e

> econômicos, que – ipso tempore – garanta a liberdade e propicie satisfatória situação sócio-econômica.
>
> A socialização dos meios de produção, segundo os ensinamentos eclesiais, não pode retirar do homem o atributo da liberdade, sob pena de lançá-lo num regime totalitário.
>
> É uma posição ansiada, mas até agora não alcançada. Tudo fazia crer que o mundo se bipartia em capitalismo e socialismo, embora este último conceito não corresponda inteiramente à verdade dos fatos. O atual Papa, Bento XVI, segue a linha filosófica dos seus antecessores.
>
> A França, de François Miterrand, procurou implementar um terceiro tipo de regime político-econômico: o Socialismo democrático.
>
> Somente o tempo respondeu às múltiplas indagações que se levantaram em torno do socialismo francês. Este tomou novos rumos e perdeu seu impulso inicial.
>
> Todas essas observações, contudo, nos conduzem ao exame do constitucionalismo social, que, de modo vertiginoso, vem exigindo nova modelagem, sobretudo no que pertine à sua conceituação e às garantias reais do seu exercício.[7]

Por fim, numa quarta dimensão, podemos visualizar a diferença palmar entre socialismo real e socialismo democrático. O socialismo real era a ditadura vivenciada na União Soviética; este desapareceu. O socialismo democrático é a ampliação do liberalismo político e econômico, continuado pelo Estado Social.

No mundo contemporâneo, avassalado pela globalização e pelo Neo-liberalismo, o socialismo democrático é caracterizado pelo exercício do voto livre e soberano, pela temporariedade dos mandatos, pela concretização dos princípios e normas constitucionais e pela participação popular nos poderes legislativos, administrativos e judiciários.

O pluralismo constitucional, também chamado de interconstitucionalismo, terá de respeitar os direitos fundamentais, garantindo a todos o bem-estar social.

É esta a contemporânea faina da Democracia vivenciável.

Ao final, em homenagem ao Mestre Paulo Bonavides, afirmo: "*Aos outros admira-se; a Paulo Bonavides admira-se e ama-se.*"

---

7 SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense. 1983, p. 19-22

REFERÊNCIAS

BONAVIDES. Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SARAIVA. Paulo Lopo. **Direito constitucional contemporâneo:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

O ATIVISMO JUDICIÁRIO: ENTRE O NACIONALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E A POBREZA

José Gomes Canotilho[1]

Sumário: 1. E às perguntas disse; 2. Direito "Judiciário" como "Microcosmo de Governance"; 3 O mercado das regras; 3.1. A economica escolhe o lugar do direito ou é o direito que determina o lugar da economia?; 3.1.1 Postulado nº 1: a norma jurídica como produto; 3.1.2 Postulado nº 2: a procura do direito nacional mais favorável; 3.1.3 Postulado nº 3: o circulo hermenêutico do lugar do ato econômico e do lugar do direito; 4. O direito dos pobres. 5. Referências.

1 E ÀS PERGUNTAS DISSE

Seria por demais estranho que nos quadrantes jurídico-culturais portugueses alguém ousasse perguntar a um juiz: é "nacionalista" ou "cosmopolita" a interpretar o direito interno? É um "isolacionista", um "unilateralista", um "excepcionalista" orgulhoso de cumprir o seu dever constitucional ao aplicar em nome do povo a soberania do direito interno, ou é um intérprete aberto à aplicação de *standards* jurídicos estrangeiros? Ainda por outras palavras: costuma fazer uso judicial da comparação jurídica ou prefere dizer "não, obrigado, nós temos as nossas próprias leis e são essas que temos de interpretar e aplicar". Perante estas interrogações, colocadas deste jeito, os magistrados portugueses responderiam provavelmente segundo a fórmula protocolar: "aos costumes disse nada [...]".

O tom oracular das perguntas passará a voz mais próxima da realidade se vos apresentar "casos" em que as interpretações dos juízes correram o risco de ser transmutados em crimes de alta traição. A história destes "crimes" conta-se em breves palavras. Iremos para o estrangeiro. Mais concretamente para os Estados Unidos. Em dois arestos célebres – o caso **John Geddes Lawrence and Tyron Gardner V. Texas,** de 2003, em que o Supremo Tribunal Federal julgou contrária à Constituição uma lei do Texas que incriminava relações sexuais consentidas entre adultos, e o caso **Ronald P. Roper V. Christopher Simon**, de 2005, em que o mesmo Tribunal julgou contrária à Constituição uma lei do Missouri que autorizava a aplicação da pena de morte a pessoas que eram menores no momento dos fatos, os juízes que fizeram vencimento,

---

1 Jurista e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É licenciado e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

mas sobretudo o juiz relator, foram acusados de "crimes de alta traição". Por si só, legitimariam um processo de *impeachment* conducente à destituição dos juízes "criminosos". E os crimes eram ainda mais odiosos quando se verificava que o juiz relator, Anthony Kennedy, tivera a ousadia de invocar como "fonte de inspiração" ou como "*standard* de justificação" elementos de direito comparado, designadamente a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

O que é que, em termos teóricos e dogmáticos, está em causa nestas célebres sentenças e nas apaixonadas discussões a que elas deram origem? Em causa, explicam alguns autores, está o problema do *ativismo judiciário* e das suas técnicas interpretativas. Os juízes têm de escolher entre ser e permanecer magistrados, abdicando de criar direito ou arvorar-se a criadores de direito, mas abdicando de ser magistrados e apresentarem-se, se assim o desejarem, ao confronto eleitoral. [Cf., por último, a exposição de Canivet (2006, p.8)].

O cerne do problema, avançam outros estudiosos, está na abertura de uma nova frente de ativismo judicial desencadeada pela utilização de fontes estrangeiras inseridas nos *dicta* das sentenças como *standards* de direito comparado ou de direito internacional. A análise comparada – afirma o juiz Scalia, o mais veemente e caustico opositor da "importação de normas", pode ser relevante quando se procede à redação do texto de uma constituição, como foi logo demonstrado pelos autores de *The Federalist* amplamente familiarizados com literatura estrangeira, mas essa análise revela-se desadequada e indesejada quando se trata de interpretar e aplicar a lei nos casos concretos.

A "guerra de posições interpretativas" deriva, na opinião de outros autores, da radicalização de mundividências e de posições ideológicas em *hard cases* submetidos à apreciação dos Tribunais. Senão, vejamos na sentença **Prinz v. United States**, de 1997, na qual se discute a legitimidade de um sistema nacional de controle de aquisição de armas de fogo (*Brady Handgun Violence Prevention Act*), confiando a gestão ao *Attorney General* através da utilização de funcionários da administração local erigidos a órgãos federais. A questão nuclear era a de saber como dar cumprimento ao primado da interferência mínima na liberdade individual: através da instituição de um esquema de controle baseado nas administrações locais ou uma estrutura organizativa centralizada? Noutros casos, em que os juízes relatores fazem expressa referência a "fontes estrangeiras" questiona-se a inconstitucionalidade da detenção, por largos anos, do condenado nos corredores da morte (*cruel and unusual punishment*) ou a inconstitucionalidade da pena da morte aplicada a uma pessoa não imputável por doença mental. Nos casos citados no inicio desta intervenção – **Laurence V. Texas e Roper V. Simon** –, incidia sobre a pena de morte para menores de dezoito anos e sobre a homossexualidade de pessoas adultas. A invocação de

> *standards of decency* que assinalam o progresso de uma civilização em contínua maturação – como são, hoje, os *standards* europeus – é vista como uma clara, mas inadmissível, intenção de um magistrado de reexaminar o património axiológico de um país à luz de opiniões estrangeiras. (palavras do juiz Scalia).

A doutrina entrou na contenda entre juízes. Alguns títulos revelam a ambiance da discussão: Carroza, (2003); Kof (2002); Melissa (2004).

Num ambiente crispado de juízes e, depois, de doutrinários, o legislador também reclamou legitimidade de intervenção. Passadas algumas semanas da publicação do caso **Roper v Simmon**, o representante Thomas Feeney apresenta uma moção, depois transformada em proposta de lei, (*Reaffirmation of American Independency Act*) no sentido de que as decisões judiciais respeitantes à determinação do sentido da lei nos Estados Unidos não pudessem basear-se, no todo ou em parte, sobre materiais provenientes de instituições estrangeiras, salvo quando eles se encontram incorporados na "história legislativa de leis aprovadas pelo poder legislativo dos Estados Unidos". Em 2005, a proposta de *Constitution Restoration Act* visa proibir aos Tribunais a utilização de Constituições, leis, disposições administrativas ou decisões judiciárias considerando qualquer comportamento contrário por parte dos juízes como "*impeachable offense*".

O que dizer desta nova frente de ativismo judiciário? Uma primeira nota é a de que as sentenças dos juízes (eleitos ou não) são sentenças em nome do povo, e é de presumir que qualquer das posições – quer dos que fazem vencimento quer dos que ficaram vencidos – têm agasalho aprovativo em largos setores da opinião pública. A querela sobre o aproveitamento de "fontes estrangeiras" em sede de aplicação/interpretação judicial, não é, pois, apenas uma querela entre juízes. Afigura-se-nos inadequado proceder neste momento a uma análise demorada dos fundamentos culturais e jurídicos do chamado **excepcionalismo** americano. Há quem lembre as raízes profundas do **isolacionismo** legal na profundidade da sua história cultural, na ideia puritana originária da cidade sobre a colina, farol da civilização fechada em si mesma, na visão Wilsoniana da política externa, no New Deal e nas Novas Fronteiras. No plano jurídico-cultural acentuam-se a pulsão fractal perante a unidade da *common law* inglesa e a afirmação da autonomia do novo ordenamento, o positivismo metodológico a que não são alheios, o pragmatismo e o experimentalismo, a consolidação do método casuístico ("The age of the faith") orientado para a análise das decisões jurisprudenciais rebeldes a materiais de difícil acessibilidade linguística ou a

esquemas de ponderação axiológica suspeitos de invocarem impostações jusnaturalísticas (cf., por todos, FERRARI, 2006, p. 327 ss).

Com quer que seja, o novo episódio do ativismo judiciário despoletado pelo apelo uso de fontes estrangeiras veio pôr a que um dado profundamente inovador na interpretação/aplicação do direito. Referíamo-nos àquilo que um conhecido autor (G. Ferrari) intitulou de "circulação bidirecional ou mesmo "omnidirecional" de valores. "Particularistas" ou "universalistas", temos de admitir que a solução de controvérsias que se ligam às questões da vida (como o problema do aborto, da fertilização medicamente assistida, da utilização de embriões), às questões de moral, às questões penais (pena da morte), às questões ambientais, às questões da igualdade e da diferença são cada vez mais questões internacionais e constitucionais que, se não legitimam um discurso transnacional em sede de decisões jurisprudenciais, implicam, apesar de tudo, uma nova centralidade ético-juridica. Entre um isolacionismo ou particularismo legal e um globalismo de governance, os juízes são convocados a "estar no mundo". Inclusão jurídica nas constelações éticas pós nacionais, eis o desafio. É essa também a teleologia profunda dos tribunais internacionais.

2 DIREITO "JURIDICIÁRIO" COMO "MICROCOSMO DE GOVERNANCE"

Tal como aos costumes disse nada quando lhe perguntaram se era "nacionalista" ou "universalista" também nada dirá o juiz se lhe perguntarem se é "cosmopolita" apto a decidir sobre questões de "*law shopping*" ou se é um "positivista estatal" qualificado para aplicar o direito interno. Não deixa de ser curioso que, enquanto na discussão (sobretudo localizada em termos constitucionais), o ativismo judiciário cosmopolita era condenado em nome do particularismo legal, agora, quanto à aplicação de importantes normas de direito civil, comercial e empresarial, redescobre-se a universalidade contra o dogma da estatalidade do direito. O ativismo judiciário compreende-se agora como uma das alterações estruturais da uniformização jurídica do espaço. O juiz vai ocupar o "posto do legislador", afirma-se o primado da "jurisdictio" sobre a "legislatio" (cf. GALGANO, 2005*)*. Os casos jurisprudenciais demonstram o sentido da criação do direito pelo juiz no âmbito da *business community* e da *societas mercatoria.* Os institutos da *Gross disparity* e da *Hardship* têm sido descritos como momento alto do direito jurisprudencial. No primeiro, foram inicialmente os juízes que afrontaram os critérios orientadores de correção do direito do comércio quando os contratos inseriram cláusulas atribuidoras de como a vantagem excessiva de uma parte sobre a outra. Na *Hardship,* toma-se em conta o desequilíbrio superveniente entre as prestações contratuais impondo-se, em nome da equidade corretiva, a modificação do contrato e fim de repristinar

o equilíbrio originário. Um outro exemplo indiciador da "civilização do direito" por obra da jurisprudência prendia com a doutrina do "*piercing the veil*" na *corporate law* americana ou do *"Lifting the veil of incorporation*" no direito Inglês. O que estava e está em causa nos casos analisados pela jurisprudência era o abuso da personalidade jurídica, ou melhor, o abuso por parte do sócio da alteridade entre ele e a sociedade". Dos juízes dos Estados Unidos aos juízes alemães, italianos, espanhóis, revelou-se uma tendência comum para levantar o Véu da personalidade jurídica e superar a alteridade subjetiva entre o sócio e a sociedade [cf. GALGANO, 2005, p.117]. Semelhante tendência de uniformização já tinha sido analisada a propósito da responsabilidade civil do fabricante através da afinação de conceitos como os da *culpa in re ipsa* e de culpa presumida (em que anteciparam a diretiva comunitária sobre o assunto). O problema do ativismo judiciário deve, a nosso ver, clarificar nesta sede se o chamado direito criado pelo judiciário ("juridiciário") não é afinal e sobretudo um "microcosmos de governance". O esquema é o do figurino clínico – contraditório entre duas partes e um sujeito imparcial decisor do conflito – em que a solução está ligada à criação de normas aptas a governar específicas exigências oriundas de uma determinada experiência de vida. Mais do que ativismo judiciário expresso no direito de criação judiciária, temos aqui, como já sugerimos, um *microcosmos de governance*. A fórmula linguística deve-se a M. Stone Sweet (cf. STONE, 2002, p.60). A tríade típica da estrutura judiciária – duas partes em contraditório entre si e um sujeito decisório – revela afinal a "globalização no espelho do direito" (cf. GALGANO, 2005). A transnacionalidade dos mercados aponta para a indispensabilidade do **direito civil transnacional**. Neste contexto, as convenções internacionais de direito uniforme fornecem já os fundamentos de um regime civilístico desvinculado dos dogmas clássicos do direito privado – a estadualidade e a nacionalidade. Diferentemente do que se vê dito e escrito, o direito civil estava também associado à soberania do Estado, na dimensão de poder de comando sobre os destinatários da ordem jurídica interna. Mesmo quando se tratava de definir, através de lei geral e abstrata, o regime jurídico das relações interprivadas, sempre havia o genitivo da autoridade reguladora do Estado ("*Le code de Napoléon*" é, afinal, o Código Civil!). Se vemos bem as coisas, o direito de criação judiciária do direito converte-se, fundamentalmente, no **governo judiciário da liberdade contratual,** com o seu específico modo institucional de produzir regras jurídico-funcionalmente adequadas à governação global das relações jurídico-privadas, sobretudo das relações comerciais. Neste governo, os juízes pertencerão a um microcosmo inserido no esquema regulador global, em que, além das convenções internacionais de direito uniforme, ganham cada vez mais relevância os *contratos atípicos*, internacionalmente uniformes,

modelados pelas *law firms* dos Estados Unidos e suas congêneres globais. Mas estes contratos não definem apenas as cláusulas materiais. Atentos às eventuais dificuldades de interpretação e de execução, preveem quase sempre o foro competente (*forum shopping*) reiteradamente reconduzível à jurisdição arbitral. Afinal, quem cria o direito e julga os conflitos são muitas vezes os mesmos agentes numa concentração de poderes que os legitima a abdicarem de códigos e de Tribunais estaduais para assegurar a manifestação mais acabada de um sistema autoreferencial judiciário-contratualista. Os produtores-julgadores substituem-se ao legislador, a *jurisdictio* ocupa o lugar da *legislatio*. Esta *jurisdictio* é, além disso, cúmplice de um outro fenómeno ligado à globalização – **o mercado das regras**. O ativismo judiciário é procedido por estranho jogo de *geodireito*: a economia determina o lugar do direito, o direito determina o lugar da economia, a economia e o direito determinam o lugar da *jurisdictio*. A esta problemática dedicaremos as considerações subsequentes.

3 O MERCADO DAS REGRAS

A fórmula linguística global é inequivocamente global: *law shopping*. A "compra e venda do direito" ou, para utilizarmos expressões mais consonantes com a metódica do direito, a *escolha do direito* ou *seleção da lei*, designa o procedimento de individualização e escolha de normas jurídicas a aplicar num contexto normativo complexo. A escolha do direito não se reconduz, porém, a uma operação de individualização da norma e subsequente processo de interpretação/aplicação nos casos concretos. O "mercado das regras" pretende realçar outra ideia: a de que o direito pode ser escolhido pelos próprios regulados. Por outras palavras: num mundo global em que a concorrência econômica dá origem à **concorrência de ordenamentos jurídicos,** os particulares (pessoas privadas individuais e pessoas coletivas) asseguram-se do *direito* de escolher o direito, ou seja, as regras jurídicas que vão usar e que se lhes afigurem mais operacionais sob o ponto de vista econômico e mais funcionais sob o ponto de vista jurídico, para a prossecução dos seus objetivos. Noutros termos, porventura mais incisivos, os particulares interessados podem comprar as regras do jogo existentes no *mercado global das regras*.

3.1 A ECONOMIA ESCOLHE O LUGAR DO DIREITO OU É O DIREITO QUE DETERMINA O LUGAR DA ECONOMIA?

O problema que acabamos de referir – o da *law shopping* – impõe outros desenvolvimentos. E esses desenvolvimentos são tanto mais necessários quanto é certo serem eles indispensáveis à iluminação problemática do tema que agora cabe discutir. Com efeito, e por um lado, é a radicalização da lógica

da *law shopping* que conduz alguns autores a falar de uma *constituição de governança privada*[2]. Por outro lado, é ainda o fenómeno da *law shopping* que está na base da discussão sobre a *uniformização normativa* e da *concorrência entre ordenamentos*. A centralidade de todas estas questões justifica uma breve suspensão reflexiva sobre os *core problems* e os postulados básicos da nova disciplina jurídica – *o geo-direito*[3].

3.1.1 Postulado nº1: a norma jurídica como produto

Basicamente, *law shopping* significa compra de "direito", de "leis", de "normas", de "ordenamentos". A "compra" (melhor seria dizer a escolha de regras direito) significa a existência de *concorrência* com pluralidade de escolhas quer do lado da oferta quer do lado da procura. A "compra de regras do direito" aponta para a ideia de que o próprio direito se converte em "res", em "coisa" ou, pelo menos, num dos fatores de produção que vai ser tido em conta nas escolhas dos operadores econômicos[4]. A refração desta ideia no plano das fontes de direito também é economicamente lógica: o ordenamento jurídico nacional deixou de ter o *monopólio* da regulação jurídica convertendo-se em *produtor de regras* em concorrência com outros ordenamentos produtores de regras semelhantes.

As regras produzidas pelos ordenamentos tendem para a lei da *unicidade* e *uniformidade*, pois é a existência de regras homogêneas que está em conformidade com a lógica econômica do *mercado global*.

3.1.2 Postulado nº2: a procura do direito nacional mais favorável

A concorrência regulatória global perturba decisivamente um dos dogmas teóricos dos ordenamentos jurídicos. Referimo-nos ao dogma da **imperatividade** das regras jurídicas. Emerge, ao seu lado, a chamada **arbitragem normativa** porque uma das características do nomadismo dos fatores móveis de produção[5] é a atratividade dos regimes jurídicos quanto ao mercado de capitais, de trabalho e de esquemas fiscais. Adquirir o direito mais favorável significa, assim, preferência por determinados serviços públicos, nos quais adquiriu papel central a administração da justiça quer quanto à bondade das regras quer quanto à rentabilidade, eficácia e eficiência do direito jurisprudencial.

---

2 Cf. por último, SCHEPEL, 2005.

3 O termo é utilizado pelo jurista italiano IRTI, 2001.

4 Cf. ZOPPINI, 2004, p.5; OGUS, 1999, p.405

5 Cf. ZOPPINI, 2004, p. 10.

3.1.3 Postulado nº3: o circulo hermenêutico do lugar do ato econômico e do lugar do direito

Os "operadores econômicos" tendem a afirmar-se como "global players" na escolha do lugar da economia e do lugar do direito. Ao decidirem-se pela localização das suas atividades eles preferem também o direito do lugar escolhido para o ato econômico em relação a outros direitos concorrentes. Por sua vez, o direito escolhido redefine o seu sistema de normas em face das manifestações de preferência, o que, por sua vez, origina novas normas de forma a melhorar as *performances* da concorrência jurídica institucional em face de outros ordenamentos. O círculo hermenêutico produz a chamada **mimese das regras** e de institutos jurídicos de um ordenamento para outros. A concorrência institucional ou ordenamental afirma-se como uma concorrência muito particular, pois nesta os atores não são os destinatários dos comandos normativos mas todos aqueles que determinam e condicionam a efetividade das regras jurídicas vigentes, ou seja, e desde logo, o legislador na qualidade de autor da regulação, os aplicadores (e intérpretes) das normas desde os serviços administrativos aos tribunais e aos destinatários dos comandos jurídicos.

Não é este o lugar adequado para uma discussão aprofundada destes postulados e das respectivas premissas teóricas (jurídicas, políticas e econômicas)[6].

Algumas críticas devem, porém, ser referidas. A primeira dirige-se à concepção do direito como produto[7] que, de uma forma radical, transforma o dado normativo em objeto de escolha. Mas mesmo a ideia de concorrência entre ordenamentos tem enfrentado numerosas objeções. Assenta em simples ficções[8]: ficções quanto aos sujeitos que participam na concorrência, ao caráter fechado das regras, à assimilação de ordenamento a "supermercado", à "pureza racional" das regras, à conotação de ordenamento com "identidade do povo", à assimilação da concorrência entre ordenamentos à concorrência entre países, à consideração de concorrência como um fator (em termos de federalismo competitivo). A segunda crítica incide sobre a insuficiente identificação do *objeto* da concorrência. Começa pela a ambiguidade da linguagem. Na doutrina americana fala-se, em geral, de *State competition* colocando o acento tónico sobre o sujeito produtor (Estado). Na doutrina europeia prefere-se acentuar a concorrência entre setores normativos do ordenamento considerando-se

6 Deixamos, assim, em aberto os temas relacionados com o paradigma da **regulação competitiva**, do neofederalismo jurídico e econômico, do descentramento regulativo, do modelo de Tiebout. Cf., por ex. OGUS, 1994.

7 A expressão deve-se a um estudioso do assunto ROMANO, 1985, p.225.

8 Veja-se ALPA In: ZOPPINI, 2004, p.43.

pouco realista a concorrência entre os ordenamentos jurídicos globalmente considerados[9]. Mas não só isso. Algumas vezes o que está em causa não é a escolha da norma, mas do regulador (eficiência, tempestividade de autorizações administrativas).

Neste contexto, se o mercado gera o consumo econômico, e a democracia, o consumo político, os tribunais produzem o direito do consumo judicial. Afinal os romanos já tinham dito: *ubi eadem est ratio, idem jus* (onde há a mesma razão, há o mesmo direito).

4 O DIREITO DOS POBRES

Um terceiro ativismo judiciário está relacionado com a "opção pelos pobres" na ciência do direito e na atividade jurisprudencial. No plano da ciência jurídica, um autor teve a corajosa ideia de desafiar a responsabilidade social dos juristas colocando a seguinte questão: "É (será) possível uma opção pelos pobres na ciência do direito?" (cf. DEINHAMMER, 2007, p.551).

A "opção pelos pobres" exige, desde logo, um esclarecimento sobre as premissas ou pontos de partida. Em primeiro lugar, o que são e quais são os pobres? Pobres são os proletários no clássico sentido marxista da luta de classes? Pobres são os pobres de espírito no sentido bíblico? Pobres são os excluídos da sociedade de conhecimento? Pobres são os que vivem em "bairros" de lata? Pobres são os que vivem em países pobres? Pobres são os "fracos e os oprimidos" desde os doentes, os perseguidos, os que vivem no limite de uma existência minimamente condigna? Pobres são os beneficiários de um rendimento social de inserção? Esta catadupa de interrogações aponta já para a indispensabilidade da clarificação da categoria nuclear subjacente ao tratamento jurídico dogmático do **direito dos pobres.** A nosso ver, se a ciência do direito quiser colocar os pobres como sujeitos relevantes" nas construções teórico-dogmáticas, deverá, desde logo, ultrapassar as precompreensões, ou cosmovisões meramente ideológicas religiosas e econômicas. Uma opção realista pelos pobres assentará numa perspectiva inclusiva e dialógica não devendo *excluir* nenhuma camada de *excluídos*. Em segundo lugar, uma opção pelos pobres leva a sério todas as pessoas, tendo em conta a situação concreta. Por palavras muito em voga na sociologia americana, o direito deve ter aberturas dialógicas para os rostos, os corpos, as almas, dos que enfrentam as dificuldades da dor, da pobreza, do isolamento, da opressão, da ignorância (pobres sem meios de subsistência, doentes, perseguidos, discriminados, velhos, humilhados). Em terceiro lugar, uma "opção pelos pobres" reivindicaria uma atitude crítica perante as

9 Assim, ALPA op cit., p.53.

desigualdades fáticas e jurídicas existentes. As "teorias da justiça" sempre problematizaram os temas da liberdade e da igualdade. E se hoje se insiste na ideia de **responsabilidade** individual pela formação da personalidade e conduta na vida, também é inexplicável o fato de muitas pessoas no mundo não terem culpa de ter nascido pobres ou de terem caído na situação de "fracos e oprimidos" (doença, desemprego involuntário, catástrofes humanitárias). Em quarto lugar, e esta nota é particularmente importante para os juristas, a "opção pelos pobres" aponta para o recorte dos princípios da solidariedade e do solidarismo e dos direitos sociais como regras jurídicas capazes de radicar pretensões e prestações juridicamente acionáveis. Convém lembrar que o direito, se quiser no direito, tem de permanecer em diálogo com os problemas mais da filosofia prática. Diríamos que as normas jurídicas não são "tratados de razão pura". Tão pouco servem de declarações de amor para quem quer que seja. Seria trágico, porém, que fossem casos vazios de legalidade e de regulações sem qualquer fôlego de vida e de impulso para a justiça social.

Chegados aqui, perguntar-se-á: como credibilizar uma "opção pelos pobres" em termos jurídico-cientificamente sustentados? A resposta passa i) por dar mais relevo a disciplinas que de uma forma explícita se preocupam com a probreza, a segurança social, a saúde e o emprego (direito social, direito da segurança social, direito da saúde, direito do trabalho e do emprego); (ii) analisar com serenidade reflexiva mas também com intencionalidade de justiça as normas que, direta ou indiretamente, colocam em relevo os "fracos" nas relações jurídicas (direito do trabalhado, direito de arrendamento); (iii) dignificar o estatuto jurídico de um número crescente de pessoas carecidas de proteção internacional (estrangeiros, exilados, imigrantes ilegais); (iv) estudando as normas de direito internacional europeu e de direito nacional que se destinam à proteção da dignidade das pessoas; (v) dirigir o sistema fiscal e a fiscalidade no sentido de dar efetividade a uma redistribuição socialmente justa; (vi) apoiar e dinamizar esquemas de ação positiva (*afirmative actions*, quotas contra subrepresentação de sexos) para neutralizar a perpetuação de excluídos e iniciar a tendência firme de inclusão; (vii) conferir a devida importância aos estudos sobre direitos humanos e realçar sua vinculatividade jurídica das convenções internacionais a eles respeitantes. Além disso, no plano estritamente teorético-dogmático, promover a articulação da racionalidade e cultura jurídicas com as teorias políticas da justiça e da ética filosófica, alicerçando uma metodologia com partilha de transversalidades cognitivas e criar os pressupostos científicos da aquisição de competências e de saberes na sociedade de inovação e de conhecimento.

E quanto à "opção pelos pobres" no âmbito da atividade juridiciária? A esta pergunta, os magistrados responderão também, na sua maioria, que

a costumagem jurisprudencial não olha para os pobres. Talvez não seja desconhecido que um poderoso movimento – o chamado *ecological approach* – pretende colocar o problema dos pobres no âmago da sua responsabilidade constitucional e funcional partindo da verificação de que os poderes políticos competentes, para a dinamização de políticas públicas de solidariedade e de socialidade, permanecem indiferentes ou atuam em manifesta desconformidade com os princípios de justiça, constitucionalmente plasmados, a magistratura judicial assume a sua *accountability* e a sua *responsiveness* para com os pobres ousando proferir sentenças de inequívoca conformação político-social.

Temos manifestado as mais sérias reticências a este ativismo por mais nobre que seja a sua intencionalidade solidária. Além de se limitarem a sentenças casuísticas - sobretudo no âmbito de prestações de saúde – falta-lhes legitimidade para a apreciação político-judicial das desconformidades constitucionais das políticas públicas. Neste contexto, parecem-nos mais politicamente eficazes as manifestações públicas contra as políticas da saúde ou contra as políticas ambientais do que o sistemático recurso ao poder judiciário. Compreendemos a angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar ao Supremo Tribunal Federal reclamando "o mandado judicial para fornecimento de viagra em nome da dignidade da pessoa humana", mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não está e não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor.

REFERÊNCIAS

CANIVET, Guy. Activisme judiciare et prudence interprétative. **Archives de philosophie du Droit,** Paris, n.50, 2006.

CAROZZA, Paolo G. My Friend Is a Stranger: The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights. **Texas Law Review,** Texas, n.81.4, p.1031-1090, 2003.

DEINHAMMER, Robert. Ist eine 'Option für die Armen' in der Rechtswissenschaft?, **Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosphie**, v.93, n.4, p.551-562, oct. 2007.

FERRARI, Giuseppe Franco. La comparazione giuridica negli Stati Uniti di América. In: FERRARI, Giuseppe; GAMBAROS, António (org.) **Corti Nazionali e Comparazione Giuridica.** Napoli: Edizioni Scientifiche Ita, 2006.

GALGANO, Francesco. **La globalizzazione nello specchio del diritto.** Bologna: Il Mulino, 2005.

IRTI, Natalino. **Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto.** Roma-Bari: Laterza, 2001.

KOH, Harold Hongju. Paying 'Decent Respect' to World Opinion on the Death Penalty, **U.C. Davis. Law Review,** v.35, n.1085, Jun. 2002.

OGUS, Anthony. **Regulation:** Legal Form and Economic Theory. Oxford: Clarendon Press, 1994.

OGUS, Antony. Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to comparative Law, **International & Comparative Law Quarterly,** v.48, n.2, p.405-418, apr.1999.

ROMANO Roberta. Law as a product: some pieces of the incorporation puzzle. **The Journal of law economics and organization,** v.1, n.2, p.225-283, 1985.

SCHEPEL, Harn. **The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integration Markets**. Oregon: Oxford and Portland, 2005.

SWEET, M. Stone, Judicialisation and the Construction of Governance. In: SHAPIRO, M.; SWEET, Stone (Eds.). **On law politics and judicialisation.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

WATERS, Melissa A. Justice Scalia on the use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-Constitutive Dialogue?. **Tulsa Journal of Comparative & International Law, (Symposium Issue),** v.12, 2004.

ZOPPINI, Andrea. **La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici.** Bari: Luterza, 2004.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA NOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

Lenio Luiz Streck[1]

Sumário: 1 Da aurora da civilização à linguagem como condição de possibilidade; 2 A hermenêutica como uma questão definitivamente paradigmática; 3 De como a superação do método e do esquema sujeito-objeto não pode significar um "livre atribuir de sentidos", mas também não pode significar uma "proibição de interpretar"; 4 Aportes finais: A (nova hermenêutica no Estado Democrático de Direito: Um novo paradigma fundado na autonomia do direito e de como a morte do sujeito do esquema sujeito-objeto não significou a morte do sujeito da relação de objeto. 5. Referências.

1 DA AURORA DA CIVILIZAÇÃO À LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas, atribuindo-lhes um determinado sentido.

Há, assim, uma angústia que assombra o homem desde a aurora da civilização. Afinal, como atravessar esse "abismo gnosiológico" que separa o homem das coisas? Como se dão nome às coisas? Por que algo é? Desde o início, houve um compromisso da filosofia com a verdade; a filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas são. Talvez a obra que melhor simbolize essa procura angustiante seja o Crátilo, escrito por Platão no ano de 388 a.C.. Efetivamente, trata-se do primeiro grande livro de filosofia da linguagem. Nele, além

---

1 Doutor em Direito do Estado (UFSC). Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica (Universidade de Lisboa). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNESA-RJ. Professor Titular da Unisinos-RS. Procurador de Justiça-RS.

de Sócrates, há mais dois personagens: Hermógenes, que representa os sofistas, e *Crátilo*, que representa Heráclito (pré-socrático que, justamente com Parmênides, inaugura a discussão acerca do "ser" e do "pensar", e do *logos* superando o *mythos*). Crátilo é um tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem. São contrapostas duas teses/posições sobre a semântica: o naturalismo, pela qual cada coisa tem nome por natureza (o *logos* está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo[2]; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas.

O Crátilo representa o enfrentamento de Platão à sofística. Os sofistas – que podem ser considerados os primeiros positivistas - defendiam o convencionalismo, isto é, que entre palavras e coisas não há nenhuma ligação/relação. Claro que, com isso, a verdade deixava de ser prioritária. O discurso passava a depender de argumentos persuasivos. A palavra (signo) não detinha as características, por exemplo, a elas atribuídas, já no século XX, por Saussure, pelas quais, embora admitida a convencionalidade (arbitrariedade), já no momento seguinte essa relação tornava-se (i) mutável (isto é, embora a imutabilidade fosse um atributo necessário ao funcionamento da linguagem, esta também teria que sofrer mutações), além da linearidade. Os sofistas provocaram, assim, no contexto da Grécia antiga, um **rompimento paradigmático**, levando "a cabo una revolución espiritual en sentido estricto, desplazando el eje de la reflexión filosófica desde la physis y el cosmos hasta el hombre y hasta lo que concierne la vida del hombre en tanto que miembro de una sociedad. Se comprende entonces que los temas dominantes de la sofística fuesen la ética, la política, la retórica, el arte, la lengua, la religión, la educación, es decir lo que hoy llamaríamos la cultura del hombre. Por lo tanto, cabe afirmar con exactitud que gracias a los sofistas se inicia el período humanista de la filosofía antigua".[3] Por isso,

---

2 Concordo com Garcia-Roza quando diz que Platão atribui ao personagem Crátilo um ponto de vista sobre a adequação das palavras às coisas **que não expressa adequada e suficientemente o pensamento de Heráclito.** Com efeito, se os pré-socráticos - mormente Heráclito - descobriram o ser, e Platão e Aristóteles o esconderam, a posição de Crátilo não pode corresponder, *stricto sensu*, à de Heráclito. (GARCIA-ROZA, 1990, p.67). Frise-se, ainda, que em Heráclito a dualidade *physis* e *logos* é mantida numa unidade de tensão, sendo o logos *aquilo que originariamente desnuda o ser e o sentido.* Para tanto, ver Coreth (1973, p.27) citando BOEDER, H. **Grund und Gegenwart der frühgriechichen Philosophie.** Den Haag, 1962, principalmente p.73 e segs, e LOHMANN, J. **Zur Begegnung von griechischen und frühgriechichen Logosdenken,** Lexis IV, Lahr i. B., 1954.

3 Cf. REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História del pensamento filosófico y científico:** I - Antigüedad y Edad Media. Barcelona: Editorial Herder, 1995. p.75, que lembram, ainda, que durante muito

Platão é o primeiro a sair a campo para um enfrentamento que, mais do que filosófico, tem um forte componente político.

Tomo Platão – e seu "Crátilo" (e seu contexto político) – para demonstrar essa busca pelo conhecimento. Afinal, ali, quatro séculos antes da era cristã, já se discutia a "justeza dos nomes". Isto é, quais as condições de possibilidade para que os objetos tenham determinados nomes e não outros? Como funciona a relação do sujeito com o objeto? Qual é o papel da linguagem? Verdade ou método? Essas perguntas atravessam os séculos, experimentando diferentes respostas, representadas por diferentes "princípios epocais", que igualmente fizeram a longa travessia de duas metafísicas, chegando, nesta quadra do tempo, ao universo de posturas e teorias filosóficas que representam as posições hoje consideradas como pós-metafísicas.

Cada época organizou sua concepção de fundamento.[4] Na metafísica clássica, o *eidos* platônico, a *ousia* aristotélica e o *ens creatur* aquiniano; na metafísica moderna, o *cogito* decartiano, o *eu transcendental* kantiano, o *eu absoluto* hegeliano e o último princípio epocal dessa era, a *vontade do poder* de Nietzche. A era da técnica – novo princípio epocal - abandona qualquer possibilidade de conteudística; é a assunção do *procedimento.* Não há modo de ser no mundo. No campo do direito, tais questões permanece(ra)m difusas, em um misto de objetivismo e subjetivismo. Se a primeira "etapa" do *linguistic turn* foi recepcionada pelas concepções analíticas do direito, o mesmo não se pode dizer com aquilo que se pode denominar de "giro-linguístico-ontológico" proporcionado pela introdução do mundo prático na filosofia. Da epistemologia caminhamos para a hermenêutica[5] (fundada na ontologia fundamental).

---

tempo os historiadores da filosofia aceitaram de forma acrítica os juízos de Platão e Aristóteles acerca dos sofistas. Consequentemente, sua importância foi infravalorizada, sendo considerada como um componente da decadência do pensamento filosófico grego. Somente em nosso século foi possível efetuar uma revisão mais sistematizada dos juízos sofísticos, com a consequente revalorização radical desse movimento, do ponto de vista histórico e filosófico. Atualmente, todos compartem das conclusões de W. Jaeger, **no sentido de que os sofistas são um fenômeno tão necessário como Sócrates e Platão**; mais ainda, estes, sem aqueles, resultam de todo impensáveis.

4 Trata-se do ser em vista da fundamentação do ente. Por isso, cada época possui o seu fundamento. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Tempo e ser.** Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p.256-257.

5 Não é mais possível pensar – e a assertiva é de Rorty (1994, p.314) que existe um conjunto especial de termos nos quais todas as contribuições à conversação deveriam ser colocadas. Para a epistemologia, ser racional é encontrar o conjunto apropriado de termos para os quais todas as contribuições deveriam ser traduzidas, se for necessário que a concordância se torne possível. A

Em Heidegger e Wittgenstein essas questões ficam extremamente bem delineadas. A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia. Portanto, mais do que um *linguistic turn*, o que ocorreu foi um giro linguístico-ontológico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas metafísicos clássico e moderno. Essa autêntica "revolução copernicana" não foi apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum* – eis a presença dos princípios epocais - e sim no *compreender* e nas suas condições de possibilidade.

Nesse sentido, há uma pergunta que se torna condição de possibilidade: **por que o direito estaria "blindado" às influências dessa revolução paradigmática?** Aliás, talvez por assim se pensar – e a dogmática jurídica e até mesmo algumas posturas que se pretendem críticas apostam na presença da filosofia no direito tão somente como "capa de sentido" - é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência. Ou seria possível conceber o direito isolado das transformações ocorridas na filosofia (da linguagem)? [6]

É preciso compreender que o direito, na medida em que não esteja imune/blindado contra as transformações ocorridas no campo filosófico, é um fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional (chamada por Schnädelbach (2008) de "razão hermenêutica) e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão. Por isso, "compreender sentido" não é apenas uma consequência, **mas o fundamento da**

---

epistemologia encara os participantes como unidos no que Michael Oakeshott (*On the Character of a Modern European State*) chama uma *universitas* – um grupo unido por interesses mútuos para alcançar um fim comum. A hermenêutica os encara como unidos no que ele chama de *societas* – pessoas cujos caminhos através da vida se reuniram, unidas antes pela civilidade que por uma meta comum e muito menos por um terreno comum.

6 Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da filosofia e da sociologia) que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no direito, deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas na área do direito, assim como cada vez mais os juristas fazem pesquisas na área da filosofia (não para transformar a filosofia em um discurso otimizador do direito, **mas como condição de possibilidade;** por isso, a expressão que cunhei "filosofia **no** direito" e não "**do** direito"). Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa. Em definitivo: o direito não é uma mera racionalidade instrumental. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos.

própria razão. Visto assim, o problema hermenêutico não é apenas universal, mas, ao mesmo tempo, fundamental, isto é, sua solução já reside no âmbito da constituição de entendimento e razão e, desse modo, no campo avançado do problema do conhecimento, que Kant acreditava poder abordar com os meios dos conceitos do entendimento e da razão garantidos. Se, como tal, não existe razão sem compreensão de sentido, então, **o problema do sentido se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento**, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica.[7] No campo do conhecimento do direito, a questão é saber, de efetivo, **de que modo um processo lógico-argumentativo pode "acontecer" sem a pré-compreensão.** É possível interpretar para depois compreender? Por que isolar o conhecimento jurídico do fenômeno da compreensão?

Ora, - e o socorro vem novamente de *Schnädelbach* (2008) - o peso filosófico do tema "compreender" reside no fato de que, sob as condições do historicismo emergente, em sua forma uniformizalizada e fundamentalizada, ele toca a auto-compreensão da própria razão e, com isso, obriga a ser levada em consideração esta autocompreensão em qualquer teoria da razão – não apenas na teoria da razão hermenêutica: a transcendentalização da razão histórico-hermenêutica significa, ao mesmo tempo, uma historicização da filosofia transcendental. Em síntese, **o que é nosso objeto não pode ser pensado independentemente do modo como nos aparece**. Esse é o "teorema" fundante do compreender que se insere na revolução copernicana representada pela inserção do mundo prático na filosofia. Aplicado à problemática da compreensão, isso tudo quer significar que as condições históricas, sob as quais nosso modo de compreender possui/adquire um significado constitutivo para aquilo que nós cada vez compreendemos e para o fato de que não há razão para excluir quaisquer condições de compreensão – sejam as da *ratio*, da intuição e da inspiração – *criam uma situação teorética nova,* na medida em que qualquer penetração no sentido transcendental de nossas condições históricas de compreensão do sentido como tal atinge não apenas o elemento histórico e, com isso, qualquer situação de comunicação.[8]

À margem de tais transformações, a hermenêutica jurídica predominante no universo jurídico de *terrae brasilis* (doutrina e na jurisprudência) continua refém de um pensamento que aposta, de um modo ou de outro, numa espécie de "construção" do seu objeto de conhecimento ou de teorias dualistas que

---

7 Cf. SCHNÄDELBACH, Herbert. Compreender Epílogo. In: STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijui: Unijui, 2008. p.127 e segs.

8 SCHNÄDELBACH, 2008.

acreditam na possibilidade de o direito ser pensado independentemente do nosso modo próprio de ser no mundo, no qual o fenômeno (jurídico) nos aparece. Por tais razões assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por Verdade e Método, de Gadamer (1990), exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma "questão de método", passando a ser filosofia. E isso faz a diferença.

Com efeito, a hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer (1990) a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar).

A impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer (1990) – implica na impossibilidade de o intérprete "retirar" do texto "algo que o texto possui-em-si-mesmo", numa espécie de *Auslegung,* como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer "ponderações em etapas", circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung)*, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.

Volta-se, como um eterno retorno, à questão apontada anteriormente a partir de Schnädelbach (2008): o problema do sentido do direito se situa antes do problema do conhecimento (o jurista não "fabrica" o seu objeto do conhecimento); a compreensão, pela sua "presença antecipada", é algo que não dominamos; o sentido não está à nossa disposição. Por isso é que não interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar. A interpretação, como bem diz Gadamer (1990), é a explicitação do compreendido. Com isso, são colocados em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. Se a filosofia é hermenêutica (HEIDEGGER, 2005) e a hermenêutica é filosófica (GADAMER, 1990), é porque estão superados os dualismos metafísicos que atravessaram dois milênios.

Dito de outro modo, a hermenêutica assim compreendida vem para romper com a relação sujeito-objeto, representando, então, uma verdadeira revolução copernicana. Em outras palavras, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências. Sérias.

2 A HERMENÊUTICA COMO UMA QUESTÃO DEFINITIVAMENTE PARADIGMÁTICA

Embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as consequências da viragem linguístico-ontológica para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto. Passamos, pois, do fundamentar para o compreender. Afinal, de terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, a linguagem passa a condição de condição de possibilidade. Para Gadamer (1990), não faz sentido pensar em uma ligação pura entre o conhecimento e o objeto a ser conhecido, através de uma linguagem com papel meramente instrumental.

Palavras e conceitos não são instrumentos à disposição de um sujeito cognoscente. É nesse sentido que a hermenêutica filosófica, para além dos objetivismos e subjetivismos, abre um novo espaço para a compreensão do direito e tudo o que representa a revolução copernicana proporcionada pelo novo constitucionalismo. Em outras palavras, essa segunda revolução (a superação do papel instrumentalista da linguagem) é condição de possibilidade para o acontecer (*Ereignen*) da primeira (o novo constitucionalismo no interior do qual o direito assume um elevado grau de autonomia e proporciona uma cooriginariedade entre direito e moral.

É exatamente nesse contexto que exsurgem as possibilidades da superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. O direito assume um caráter marcadamente hermenêutico, em consequência de um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes de Estado em direção à jurisdição (constitucional), diante da impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação e do caráter compromissório da Constituição, com múltiplas possibilidades de acesso à justiça. Assim, na medida em que o direito é uma ciência prática, o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático, que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava obnubilado pelas conceitualizações metafísico-positivistas, sustentadas por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais. Definitivamente, a realidade, os conflitos sociais e a cotidianidade das práticas dos atores sociais não estavam no rol das preocupações do positivismo e de suas derivações.

Com efeito, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e no qual a "epistemologia" é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias do discurso e nas perspectivas analíticas em geral), não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (**perceptível**

a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber "operacional" (talvez por isso os juristas se denominam uns aos outros de "operadores do direito"). Domina no âmbito do campo jurídico o modelo assentado na ideia de que "o processo/procedimento interpretativo" possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o "exato sentido da norma", "o exclusivo conteúdo/sentido da lei", "o verdadeiro significado do vocábulo", "o real sentido da regra jurídica", etc.

Sem pretender simplificar o problema, é possível dizer que o saber dogmático-jurídico ainda continua refém de uma metodologia que não ultrapassou nem sequer a filosofia da consciência, bastando, para tanto, verificar o papel de protagonista dado ao juiz pelas teorias instrumentais do processo.[9] O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do direito em nossa sociedade, soçobrando, com isso, a força normativa da Constituição.

Mais ainda e na mesma linha, um exame da doutrina e da jurisprudência do direito aponta para a continuidade do domínio da ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a "vontade da norma", o "espírito de legislador", a "melhor resposta", etc. No mais das vezes, continua-se a acreditar que o ato interpretativo é um ato cognitivo (daí a prevalência do

9 Desde Oskar von Büllow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, "porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo", com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é "prover", "fazer o que seja necessário"; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que "o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça"; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei; já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, **mesmo que não contidas no direito legislado**, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da "boa escolha dos juízes" *(sic)* e, consequentemente, de seu ("sadio") protagonismo. Sob outra perspectiva, esse fenômeno se repete no direito civil, a partir da defesa, por parte da maioria da doutrina, do poder interpretativo dos juízes nas cláusulas gerais, que "devem ser preenchidas" com amplo "subjetivismo" e "ideologicamente"; no processo penal, não passa despercebida a continuidade da força do "princípio" da "verdade real" e do "livre convencimento"; já no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em "álibis persuasivos"; fortalecendo, uma vez mais, o protagonismo judicial.

sujeito solipsista) e que "interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém" (sic) – aqui ainda se está no paradigma anterior (realismo filosófico) -, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento. Na verdade, é possível perceber certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Dito de outro modo: de um lado, há o "mito do dado" (metafísica clássica), em que cada coisa tem uma essência e por isso tem um sentido. Pensa-se, assim, que o intérprete é capaz de extrair da coisa sua essência, transportando-a para a sua mente, formando o conceito daquela coisa; daí que, quando o intérprete pensa sobre essa coisa, esta passa a existir como um conceito de caráter universal. Isso ocorre mediante uma abstração: da essência para a universalidade. Desse modo, há um algo que é "dado à nossa mente", como se pode perceber nas súmulas[10] (e também na construção de conceitos prêt-à-pôrters que recheiam os manuais jurídicos). As súmulas "carregariam", assim, a substância de determinados casos. Transportada (ess) a essência (substância) para a mente, forma-se o conceito, que é representado pelo enunciado sumular, que passa a ser "o dado". Consequentemente, o intérprete fica assujeitado a esse dado, isto é, a esse conceito de caráter universal (pensemos nisso também na aplicação da repercussão geral pelo STF e da nova Lei dos Recursos – 11.672, pelo STJ). Mas, por mais paradoxal que possa parecer, somos também metafísicos modernos, porque, antes da formação do "mito do dado", ocorre a primazia do sujeito solipsista. Sua consciência é que instaura o mundo (o conhecimento é uma representação acurada, somente tornada possível por processos mentais especiais e intelegível por intermédio de uma teoria geral da representação, como bem lembra Rorty). É desse sujeito

10 Nesse sentido, vale trazer à lume crítica feita pelo grande jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker, em carta dirigida ao Ministro do STF Luiz Gallotti, em 2 de dezembro de 1964, menos de um ano após a institucionalização das súmulas no Brasil: "Se, no nosso tempo, a imagem suplanta o texto – observa René Huyghe – é porque a vida sensorial tende a ocupar o lugar que a vida intelectual preenchia. E assim como o texto escrito veio substituir o método milenar da transmissão oral, fenômeno análogo ocorre atualmente na substituição gradual do texto pela imagem". E, tantos anos atrás, Becker já antevia a estandardização em que se transformaria o direito: "Outro fenômeno contemporâneo é o da contração dos textos e a substituição do Verbo por um Sinal. Um exemplo: a Súmula do Supremo Tribunal Federal substituiu as longas exposições doutrinárias. Substituiu até mesmo a citação dos textos legais aplicáveis ao caso. Por sua vez, o próprio texto da Súmula é substituído por um Signo: a cifra aritmética (do enunciado, pois ela admite que ele seja "enunciado" pela simples indicação de seu respectivo número). A embriogenia da Súmula do nosso Supremo tribunal Federal é descrita e analisada por um Professor de Psicologia das Artes Plásticas do Colégio de França (HUYGHE, 1955, p.6). A civilização da imagem suprimiu o amadurecimento da ideia no espaço de um raciocínio e estabeleceu a ligação direta sensação-ação". In: Carta inédita de Alfredo Augusto Becker ao Ministro Luiz Gallotti, 2 de dezembro de 1964.

(agora assujeitador) que se "constrói" o objeto do conhecimento (pensemos em Kelsen e nas razões pelas quais, para ele, era necessário dualizar ser e dever ser e porque a teoria pura só poderia se consolidar como uma metalinguagem sobre uma linguagem objeto). Nesse contexto, não é difícil perceber que "filosofia da consciência" (paradigma representacional) e "discricionariedade judicial" (que leva à arbitrariedade) são faces da mesma moeda.

Talvez por tudo isso é que, mesmo hoje, em plena era do tão festejado giro-lingüístico-ontológico, de um modo ou de outro, o pensamento jurídico continua a reproduzir o velho debate "formalismo-realismo". Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas "formalistas" e "realistas", isto é, por vezes, a "vontade da lei" e a "essência da lei" devem ser buscadas com todo o vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista "vontade do legislador"; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é "suficiente", *põe-se no topo a "vontade do intérprete"*, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição.

O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade "criadora" de sentidos (afinal, quem pode controlar a "vontade do intérprete"?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um "mundo jurídico" em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém [...]! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger*.

Para ser mais simples: de um lado há uma objetividade textual, que torna o intérprete refém de um mundo de essências (pensemos na força das súmulas e dos verbetes jurisprudenciais, por exemplo), e, de outro, uma subjetividade que assujeita o texto, pelo qual o texto jurídico é "apenas a ponta do iceberg" (prestemos, pois, muita atenção: quando um jurista afirma isso, está-se diante de um positivista).

Desse modo, a dogmática jurídica (tradicional), enquanto reprodutora de uma cultura estandardizada,[11] torna-se refém de um pensamento metafísico,

11 A "indústria" que mais cresce é a dos "manuais", recheados de "conceitos sem coisas". O problema alcançou níveis alarmantes no "mercado jurídico" com o surgimento dos "estudos esquemáticos" e "quadros sinópticos" dos Códigos e (até) da Constituição. A pergunta que deve ser feita é: qual é a importância acadêmico-científica de publicações que meramente reproduzem expressões do senso comum teórico (ou que expressam "contundentes obviedades"), como, por exemplo, que a interpretação doutrinária é aquela realizada por estudiosos do direito, "os quais emitem **suas opiniões pessoais** (sic) sobre a lei" e que interpretação judicial é aquela realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes (sic)? Pergunta-se: hermenêutica jurídica seria algo tão singelo (ou simplista) quanto proferir uma "opinião pessoal"? Alguém duvida que a interpretação judicial é feita pelos juízes e tribunais? Mais: qual é a importância reflexiva contida na assertiva, constante em um importante manual de direito penal, de que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu e o

esquecendo-se daquilo que a hermenêutica filosófica representa nesse processo de ruptura paradigmático. Esse esquecimento torna "possível" separar o direito da sociedade, enfim, de sua função social. Dito de outro modo, o formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas "esqueceu-se" do substrato social do direito e do Estado. E esqueceu-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ou seja, transformado em uma mera instrumentalidade formal, o direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição estatui: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito. A toda evidência, esta circunstância produzirá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade.

Mesmo algumas posturas consideradas críticas do direito, embora tentem romper com o formalismo normativista (para o qual a norma é uma mera entidade linguística), acabam por transferir o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). É possível, desse modo, perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira).

---

desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica? E o que o autor queria dizer com o enunciado "o motivo torpe é aquele que, por sua manifesta repugnância, ofende os princípios da moralidade social"? Ou com a seguinte "proposição": a torpeza é uma "qualidade" (sic) que ofende a nobreza do espírito humano? Veja-se a definitividade do "conceito" de grave ameaça, caracterizada em um importante manual como "o prenúncio de um acontecimento desagradável [...]" Por que alguém compra um livro jurídico para lhe dizer, por exemplo, que "coisa alheia" no crime de furto "é aquela que não pertence à pessoa" e que "coisa móvel" é aquela que se desloca de um lugar para outro? E o que dizer do enunciado "paralização de atividade econômica é a cessação, temporária ou definitiva, de uma atividade lucrativa"? Por que alguém adquire um livro para dizer que "adquirir" significa "obter ou comprar"? Ou que a "agressão atual", na caracterização da legítima defesa, é "aquela que está acontecendo" e a iminente é a "que está por acontecer"? Ou que "noite é a ausência de luz"? Ou, ademais, que "quadrilha necessita de quatro pessoas"? Ou, ainda, que "aquele que escreveu a carta não pode ser sujeito ativo do crime de violação de correspondência"? A lista é interminável [...] Talvez a mais "genial" das citações seja a de que "prova para condenar tem de ser robusta, como bem diz o festejado Malatesta" (sic), encontrada em petições, sentenças e acórdãos em todo o território nacional [...] (veja-se o alto teor de convencimento do "enunciado"). Por tais razões é que parcela expressiva desses manuais (refiro-me aos compêndios e similares que apenas reproduzem *standards* jurídicos à serviço dos cursinhos de preparação para concursos e outros que, com pretensões críticas, acabam reproduzindo aquilo que pretendem combater) deveria trazer, na quarta capa, uma advertência ao "consumidor", dando conta dos propósitos do autor [...]! Ou, se se preferir uma solução mais radical, colocar uma advertência como a que se vê nos maços de cigarro: "o uso constante deste material acarretará sérios prejuízos ao usuário".

Daí a minha insistência: **trata-se de um problema paradigmático**. Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem linguístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem linguístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à "fundamentação" do processo compreensivo-interpretativo do "procedimento" para o "modo de ser".

3 DE COMO A SUPERAÇÃO DO MÉTODO E DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO NÃO PODE SIGNIFICAR UM "LIVRE ATRIBUIR DE SENTIDOS", MAS TAMBÉM NÃO PODE SIGNIFICAR UMA "PROIBIÇÃO DE INTERPRETAR"

Como decorrência – embora não seja esta a preocupação fulcral destas reflexões – a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade da Constituição. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos *lato sensu*) não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na filosofia, no direito constitucional e na ciência política, que ainda não foi suficientemente recepcionada pelos juristas brasileiros.

Mas, nada do que foi dito pode dar azo a que se diga que a hermenêutica é relativista. Pensar assim seria fazer uma leitura às avessas de Gadamer e dos pressupostos que sustentam a hermenêutica filosófica. Portanto, nada do que foi dito até aqui pode significar que o intérprete venha a dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa". Ao contrário, é a partir da hermenêutica filosófica que falaremos da possibilidade de respostas corretas ou, se assim se desejar, de respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição (portanto, sempre será possível dizer que uma coisa é certa e outra é errada; há pré-juízos falsos e pré-juízos verdadeiros).

Essa questão assume especial relevância exatamente se examinada no plano das rupturas paradigmáticas, isto é, não devemos esquecer o grau de autonomia alcançado pelo direito (leia-se, pelas Constituições) no Estado

Democrático de Direito, a ponto de podermos considerar ultrapassada a dicotomia direito-moral. Dizendo de outro modo, esse grau de autonomização do direito traz consigo a cooriginariedade com a moral, que, na verdade, institucionaliza-se no direito. Nesse ponto assiste razão a Habermas. A produção democrática do direito dispensa o "uso" de uma moral corretiva, como pretendem, por exemplo, algumas teorias argumentativas, em especial a de Alexy (1989) e Günther (1997).

Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos esse (elevado) patamar de discussão democrática do direito, viéssemos a "depender" da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados "casos difíceis". Dito de outro modo, seria substituir a democracia pela "vontade do poder" (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do direito – que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.

É nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Mais do que isso, a hermenêutica será antipositivista, colocando-se como contraponto à admissão de múltiplas respostas advogada pelos diversos positivismos (pensemos, aqui, nas críticas de Dworkin à Hart). Nesse sentido, lembro que a noção de "positivismo" é entendida, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da "delegação" em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não "abarcados" pela regra).[12] A *holding* da discussão

12 Todas as minhas críticas à discricionariedade estão fundadas no conceito "forte" cunhado por Dworkin em suas críticas ao positivismo, especialmente o de Hart (que, como já referi, são extensíveis, *v.g.*, à Kelsen, Ross e a Alexy, os quais, de um modo ou de outro, também apostam no poder discricionário do juiz). Em face da vagueza e da ambiguidade das palavras da lei e da relevante circunstância de que direito é poder, no mais das vezes a discricionariedade descamba em arbitrariedade, soçobrando os limites ôntico-semânticos do texto minimamente "condensados" pela tradição. Mas não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir o grau de liberdade de escolha dado ao intérprete (juiz) face à legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que a "opção" escolhida pelo juiz deixará de lado outras "opções" de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade com os limites impostos pela autonomia do direito. Daí a necessária advertência: não é correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discricionariedade judicial). Também não se trata da distinção entre a "discricionariedade na *civil*

encontra-se nas críticas dirigidas à Herbert Hart por Ronald Dworkin, para quem o juiz não possui discricionariedade para solver os *hard cases*.

Insisto e permito-me repetir: *antes de tudo, trata-se de uma questão de democracia.* Por isso, deveria ser despiciendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma "proibição de interpretar". Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, "comandado" por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais "abertos" em termos de possibilidades de significado, **não constitui nenhuma novidade** (até os setores que primam pela estandardização do direito e que praticam uma espécie de "neopentecostalismo jurídico, já perceberam essa característica "linguística" dos textos jurídicos). O que deve ser entendido é que a aplicação destes textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen, para quem *a* **interpretação a ser feita pelos juízos é um ato de vontade** (sic).

O "drama" da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do direito, conquistada principalmente no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam o direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente).

---

law" e na *common Law.* Para os limites desta discussão, não se compreende a discricionariedade interpretativa (ou discricionariedade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas sim tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação, onde – e isso parece óbvio – seria impróprio falar de vinculação. Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes. Tem sido muito comum aproximar – embora que de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de **ato administrativo discricionário.** Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a **criar** a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por este mesmo motivo, mantêm-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do direito administrativo aponta para uma circunstância no interior da qual o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem em sua estrutura judicial, um Tribunal especificamente Administrativo). O que se está a tratar é daquilo que está convalidado pela tradição da teoria do direito, isto é, a experiência interpretativa "conhece" um conceito de discricionariedade, utilizado por Herbert Hart em seu Conceito de Direito. E é esse que é praticado e defendido pelo positivismo, confessadamente ou não, até os nossos dias, mesmo em tempos de pós-positivismo.

Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin (1985) – Hart (1994) e, tampouco, nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica.

Levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a superação dos paradigmas metafísicos (clássico e moderno) – condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do novo constitucionalismo e da consequente derrota do positivismo – **não pode representar o abandono das possibilidades de se alcançar verdades conteudísticas**. Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de "decisionismo" ou de "realismo". Gadamer (1990) rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e sequestra a temporalidade.

No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, e, sim, do positivismo. Ou seja, é possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta, e a outra é incorreta.* No campo jurídico, vários autores defendem a possibilidade/necessidade de respostas corretas e/ou adequadas (Habermas e Dworkin sustentam a única resposta correta; Gadamer (1990), embora não tenha tratado diretamente dessa temática, vai dizer que *das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird*, ou seja, que uma interpretação é correta quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo), e que *Alle rechte Auslegung muss sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmmerklich Denkgewohnheit abschirmen und den Blick auf die Sachen selber richten* (toda a interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter limitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesmas, e, mais ainda, que *So ist die ständige Aufgabe des Verstehens, die rechten, sachangemessenen Entwürfe auszuarbeiten, das heisst Vorwegnahmen, die sich na den Sachen erst bestätigen sollen, zu wagen*, isto é, a constante tarefa de compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, ou seja, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas "nas coisas mesmas"). Assim, a tese aqui apresentada – desenvolvida detalhadamente em meu *Verdade e Consenso* – é uma simbiose entre as teorias de Gadamer (1990) e Dworkin (1985), com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata "da resposta adequada à Constituição", isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.

Isto é assim porque nos movemos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer (1990); ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer *na* e *pela* interpretação.

Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teorético-filosófica (ainda) chamam de "raciocínio subsuntivo" ou "raciocínio dedutivo" nada mais é do que esse "paradoxo hermenêutico" que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto por que compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Mais ainda, aquilo que algumas teorias (argumentativas) chamam de casos fáceis – portanto, solucionáveis por intermédio de "simples subsunções" ou "raciocínios dedutivos" – são exatamente a comprovação disso. Com efeito, na hermenêutica, essa distinção entre *easy* e *hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Essa distinção (que, na verdade, acaba sendo um cisão) não leva em conta a existência de um acontecer no pré-compreender, no qual o caso simples e o caso difícil se enraízam. Existe, assim, uma unidade que os institui, detectável na "dobra da linguagem". Veja-se, nesse sentido, como essa dualização (contraposição) entre casos difíceis e casos fáceis acarreta problemas que as diversas teorias analítico-discursivas não conseguem responder satisfatoriamente: casos fáceis (que vale também para as demais versões da teoria da argumentação jurídica) seriam aqueles que demandam respostas corretas *que não são discutidas*; já os casos difíceis seriam aqueles nos quais *é* **possível propor mais de uma resposta correta** "que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo". Mas, pergunto: como definir "as margens permitidas pelo direito positivo"? Como isso é feito? A resposta que a teoria da argumentação jurídica parece dar é: a partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se fosse primeiro interpretar e depois aplicar [...]

Neste ponto, as diversas teorias do discurso se aproximam: as "diversas" possibilidades de aplicação se constituem em discursos de validade prévia, contrafáticos, que servirão para juízos de "adequação". No meu sentir, entretanto, isso implica um dualismo que, por sua vez, implica separação entre **discursos de validade e discursos de aplicação**, cuja resposta se dará, quer queiram, quer não, mediante raciocínios dedutivos, e isso é filosofia da consciência, por mais que se queira negar.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico

(na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse "modo ôntico" permanecerá e será aceito como tal se – e somente se – a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação "desaparece". Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas esses componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin (1985), ao exigir uma "responsabilidade política" dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o "modo-positivista-de-fundamentar" as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isto ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo "Defiro, com base na lei *x* ou na súmula *y*".

Mutatis mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma *de-cisão*). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe*, *Vorgriff*, *Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam "mundos" estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como enfatiza Gadamer (1990), se queres dizer algo sobre um texto, deixa primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d'onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos. Há que se entender que a explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano

do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Assim é porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e que denuncia a discricionariedade judicial que lhe é inerente – **está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil**. Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação, ou seja, há que fundamentar a fundamentação) não poderia demandar "esclarecimentos" acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração – e acrescente-se aqui o absurdo representado pelos "embargos de pré-questionamento" (sic) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico. Como é possível que se considere "normal" a não fundamentação de uma decisão, a ponto de se admitir, cotidianamente, milhares de "embargos"?

Nessa linha, a *applicatio* – porque interpretar é sempre um aplicar – evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica. **Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um "simples resultado" manipulável pelo intérprete.** Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma a qual a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do "processo" de interpretação. A compreensão de algo *como* algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre (acontece), porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental, isso porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

4 APORTES FINAIS: A (NOVA) HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM NOVO PARADIGMA FUNDADO NA AUTONOMIA DO DIREITO E DE COMO A MORTE DO SUJEITO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO NÃO SIGNIFICOU A MORTE DO SUJEITO DA RELAÇÃO DE OBJETO

O direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça, isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face

da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do consequente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente.

É nesse sentido que proponho a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, será (é?) um retrocesso reforçar/acentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, o que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. Ou seja, se a autonomia do direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axiologistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos *stricto sensu* – apostam na indeterminabilidade. É por tais caminhos e condicionantes que passa a tese da resposta correta em direito.

Numa palavra, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa "escolha" no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – **espécie de resposta hermeneuticamente correta** – a partir do exame de cada caso.

Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (como explicito em meu **Verdade e Consenso**, desde a primeira edição). Hermenêutica é aplicação. Não há respostas, *a priori*, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico. **Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um "simples resultado" manipulável pelo intérprete.** Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto

de um raciocínio feito por etapas foi a forma encontrada pelo subjetivismo para buscar o controle do "processo" de interpretação. Daí a importância conferida ao método, supremo momento da subjetividade assujeitadora. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer "regra epistemológica" ou método que fundamente esse sentido. A compreensão de algo como algo simplesmente ocorre, porque o ato de **compreender** é existencial, fenomenológico e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental, isso porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

No confronto entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias da argumentação, fica patente a não preocupação destas com o problema do relativismo. Consequentemente, quem se preocupa com a possibilidade de respostas corretas é a hermenêutica, exatamente pelo seu caráter antirrelativista (veja-se, nesse ponto, que Dworkin (1985), embora não advogue claramente uma postura que o possa identificar com a hermenêutica filosófica, assume um viés não-relativista a partir de outros caminhos).

Assim, *negar* a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir – sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica – em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente *não-relativista* da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). **Isso significa transformar a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica.** Não esqueçamos que texto e norma, fato e direito não estão separados e, tampouco, um "carrega" o outro; texto e norma, fato e direito são (apenas e fundamentalmente) diferentes. Por isso, o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua "textitude"; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto.

Numa palavra, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofo em que *exsurge* o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermeneuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermeneuticamente adequada é, assim, corolária da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a consequente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em

discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo.

Nesse sentido, e uma vez mais visando a evitar mal-entendidos, é preciso compreender que – do mesmo modo que Gadamer (1990) – Dworkin (1985) não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*); Dworkin (1985) superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz "Hércules" é apenas uma metáfora para demonstrar que a *superação* do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto.* Uma leitura apressada de Dworkin (1985) (e isso também ocorre com quem lê Gadamer (1990) como um filólogo, fato que ocorre não raras vezes no direito) dá a falsa impressão de que Hércules representa o portador de uma "subjetividade assujeitadora". Ora, como já referido, enquanto as múltiplas teorias que pretendem justificar o conhecimento buscam "superar" o sujeito do esquema sujeito-objeto **eliminando-o ou substituindo-o** por estruturas comunicacionais, redes ou sistemas e, algumas de forma mais radical, até mesmo por um pragmatismo fundado na *Wille zur Macht* (por todas, vale referir as teorias desconstrutivistas e o realismo dos *Critical Legal Studies*), Dworkin (1985) e Gadamer (1990), cada um ao seu modo, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não-relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde *Platão* (a principal delas é a incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por Dworkin (1985) como por Gadamer (1990)).

Parece, assim, que o equívoco recorrente acerca da compreensão das teses de Gadamer (1990) e de Dworkin (1985) – em especial, seu antirrelativismo e a aversão de ambos à discricionariedade – reside no fato de se pensar que a derrocada do esquema sujeito-objeto significou a eliminação do sujeito (presente em qualquer relação de objeto), cuja consequência seria um "livre atribuir de sentidos". Por assim pensarem – e por temerem a falta de racionalidade na interpretação –, muitas teorias acabaram, de um lado, retornando àquilo que buscavam combater: o método; e, de outro, construindo discursos que desoner(ass)em o sujeito-intérprete do encargo de elaborar discursos de aplicação. Tudo por acreditarem na eliminação do sujeito ou na sua pura e simples substituição por sistemas ou teorias comunicativas. Dito de outro modo, se o método, para o paradigma representacional, é/foi o supremo momento da subjetividade, decretar a sua superação, como magistralmente fez Gadamer

(1990), não quer dizer que, a partir de então, seja possível "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa". Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o controle hermenêutico (entre outras coisas, **levar-se o texto a sério**, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito).

Por tudo isso, é preciso ter claro que o estabelecimento das bases para a construção de discursos críticos é uma tarefa extremamente complexa e que não se faz sem ranhuras. Afinal, mais do que um imaginário a sustentar o modo-positivista-de-fazer/interpretar-direito, há, no Brasil, uma verdadeira "indústria cultural" assentada em uma produção jurídica que tem nos manuais (a maioria de baixa densidade científico-reflexiva) a sua principal fonte de sustentação, retroalimentada pelas escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exame de ordem, além da própria operacionalidade do direito, **que continua** – em pleno século XXI - *a ter no* **dedutivismo a sua forma de aplicar o direito.** Por isso, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza – é uma trincheira que resiste (**teimosa-mente**) a essa viragem hermenêutico-ontológica.

Para uma melhor compreensão dessa fenomenologia, basta que examinemos alguns sintomas dessa não-recepção do paradigma da intersubjetividade no e pelo direito. Com efeito, quando já de há muito está anunciada a morte do sujeito (da subjetividade assujeitadora – filosofia da consciência), parece que, no âmbito do direito, tal notícia não surtiu qualquer efeito. Continuamos a apostar nesse sujeito do esquema metafísico "sujeito-objeto". Veja-se: o Código de Processo Penal sustenta-se no modelo inquisitivo, pelo qual o juiz toma decisões de ofício – prisões, diligências, busca de provas, etc. (há até mesmo recursos de ofício); o Código de Processo Civil é fruto de repetidas apostas no procedimento que tem o sujeito-juiz como protagonista – recordemos, aqui, o papel da escola instrumentalista do processo nesse contexto –, com a função de adaptar o procedimento à correta aplicação da técnica processual, reconhecendo-se ao julgador o poder de adequar o mecanismo às especificidades da situação, utilizando-se, para tal, de sua "sensibilidade" e seu "sentido do justo" (considere-se, ainda, que as sucessivas reformas foram transferindo as decisões colegiadas para o monocratismo); no direito civil, parcela considerável dos juristas aposta nas cláusulas gerais, que, em face de sua abertura, darão maior possibilidade para o juiz "buscar o justo concreto", o que nada mais é do que reforçar a velha discricionariedade positivista; no direito penal, basta uma leitura do artigo 59 para compreendermos a dimensão da cognição (metafísica)

a ser feita pelo aplicador, sem considerar a ontologia clássica por trás da(s) teoria(s) do delito; no direito tributário, o sujeito liberal-individualista continua a ser – mesmo nesta quadra da história – o protagonista de uma contraposição Estado-Sociedade (como se ainda vivêssemos no século XIX), cuja leitura/interpretação é feita, não raras vezes, a partir de "regras que superam princípios constitucionais"; na teoria do direito, em nome da ponderação – e esse o problema fulcral, *v.g.*, da teoria da argumentação jurídica –, abre-se um campo profícuo para o exercício de discricionariedades e decisionismos, sob os auspícios dos diversos graus de "proporcionalidades", além de se (continuar a) pensar na distinção lógico-estrutural entre casos simples (que seriam solucionados por dedução ou subsunção (sic) e casos complexos (para os quais são chamados à colação os princípios). Isso para dizer o mínimo.

É o triunfo daquilo que Luis Alberto Warat já denunciava há mais de 30 anos: o senso comum teórico dos juristas, a estandartização do direito e o positivismo jurídico no interior do qual cada um interpreta como quer, dando-se, assim, razão ao velho Kelsen e seu decisionismo...! Passados tantos anos de Constituição compromissória e social, os livros que mais vendem são da mesma estirpe e naipe da década de 70 ou 80 do século XX. E já existem estudos esquemáticos de direito plastificados, à venda na lojas dos aeroportos de todo o país [...]!

Numa palavra: o direito é um fenômeno complexo, mesmo que a dogmática jurídica prevalecente se esforce em demonstrar o contrário. Não se concretiza uma Constituição sem a construção das condições para a compreensão dessa fenomenologia. Falar em constitucionalismo compromissório e social (e, quiçá, dirigente) implica mergulhar nas profundezas da crise do direito provocada pelo positivismo jurídico. Implica também compreender o significado de expressões como "pós-positivismo", "discricionariedade", "decisionismos", etc. E que, ao fim e ao cabo, está-se diante de um grande debate contemporâneo (democracia *versus* constitucionalismo) e do consequente dilema: como se interpreta e como se aplica. Mas, mais do que isso, está-se diante da questão sobre a qual vêm se debruçando os mais importantes jusfilósofos do mundo: a racionalidade das decisões judiciais.

Ou seja, efetivamente parece que estamos condenados a interpretar. Penso que a hermenêutica (filosófica) pode ter um papel de absoluta relevância na busca de respostas a esse dilema. Desde o seu nascimento, a "questão hermenêutica" sempre esteve localizada na tensão entre o texto e o sentido do texto. Para além de objetivismos e subjetivismos, a hermenêutica que surge no horizonte do paradigma do giro lingüístico-ontológico supera o problema que considero fulcral no direito e em suas variações positivistas: o sujeito solipsista responsável pela manutenção do metafísico esquema sujeito-objeto. E essa

hermenêutica[13] **tem uma dimensão ontológica, concretizadora**. Os dualismos, próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes (clássico e da filosofia da consciência), sucumbem ao primado da diferença ontológica. É por isso que o texto constitucional – compreendido no paradigma aqui desenvolvido – *aponta para uma dimensão material*, que conformará a sua norma.

Isso, à evidência, aumenta a responsabilidade do intérprete do direito. Trata-se de um "dar-se" conta de que estamos diante de duas grandes revoluções copernicanas: a que transformou o direito após o segundo pós-guerra (neoconstitucionalismo) e o giro lingüístico-ontológico que atravessou a filosofia, mormente após a segunda e a terceira décadas do século passado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica.** Madrid: CEC, 1989.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carta ao Ministro Luiz Gallotti.** 2 de dezembro de 1964. Inédito.

CORETH, Emerech. **Questões fundamentais de hermenêutica.** São Paulo: Editora da USP, 1973.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. **A matter of principle.** Cambridge: Harvard University, 1985.

_____. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard Universiy, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und methode:** ergänzungen register. hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990.

_____. **Wahrheit und methode:** grundzüge einer philosophischen hermeneutik I. Tübingen: Mohr, 1990.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness.** New York : State University of New York, 1993.

13 É para esse constante des-velar do texto constitucional que venho construindo o que denomino de Nova Crítica do Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida tanto em meus **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise e no Verdade e Consenso.** Nesse contexto, todo o trabalho de desconstrução do pensamento dogmático-objetificador do direito é feito sob o signo desses aportes filosóficos. Tendo como base esse referencial teórico, é inexorável que eu venha a combater toda e qualquer atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário – e, de igual forma e com a mesma contundência, da doutrina positivista que guarnece tais posições. Registre-se minha posição firme – fundada na hermenêutica filosófica – no sentido de que "levemos o texto a sério" (Afinal, como bem diz Gadamer, *Wer einen Text verstehen will, ist vielmeher bereit, sich von im etwas zu sagen lassen*.), entendido o texto como evento (como faz, por exemplo, Thomas Kuhn), isto é, o texto como condição de possibilidade para a emergência dos fatos.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I e II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de direito.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Tempo e ser.** Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

HUYGHE, René. **Dialogue avec le visible.** Paris: Flammarion, 1955.

REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História del pensamento filosófico y científico I:** Antigüedad y Edad Media. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SCHNÄDELBACH, Herbert. Compreender Epílogo. In: STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijui: Unijui, 2008.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude.** Ijuí, UNIJUÍ, 2004.

_____. **Diferença e metafísica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro, 2008.

AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO[1]

Ingo Wolfgang Sarlet[2]

Sumário: 1 Considerações preliminares; 2 A dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional compreendida a partir de uma perspectiva multidimensional; 2.1 Algumas aproximações; 2.2 A dimensão ontológica, mas não exlcusivamente biológica da dignidade; 2.3 Dignidade e intersubjetividade: a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo (s) outro (s); 2.4 A dignidade como construção: a indispensabilidade de uma perspectiva histórico-cultural da dignidade; 3 Algumas funções da dignidade da pessoa humana no âmbito do Estado Democrático de Direito; 3.1 A condição normativa e, portanto, juridicamente vinculante da dignidade da pessoa humana, em especial no que diz com sua relação com os direitos fundamentais; 3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana como critério material para a identificação e fundamentação dos direitos fundamentais para além dos expressamente positivados pelo constituinte; 4 Dignidade e "inclusividade": A secularização e a universalização da dignidade num contexto. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

> A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana..., para se converter,

---

1 O presente ensaio constitui versão revista, atualizada, parcialmente reformulada e ampliada de textos anteriores de nossa autoria, em especial, do capítulo introdutório da coletânea Dimensões da Dignidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.13-44, bem como de partes da obra: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

2 Doutor em Direito (Universidade de Munique). Estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique, Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Universidade de Georgetown (Washington-DC, EUA). Pesquisador visitante na *Harvard Law School*. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUC-RS. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha. Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS e do GEDF – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (CNPq-PUC-RS). Representante brasileiro e correspondente científico do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional em Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Juiz de Direito em Porto Alegre (RS).

> de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.
>
> Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.
>
> Paulo Bonavides[3]

As palavras de Paulo Bonavides, acima transcritas, com as quais tomamos a liberdade de iniciar esta contribuição, sintetizam e expressam de maneira cristalina, uma série de aspectos de permanente atualidade e relevo vinculadas à noção de dignidade da pessoa humana, destacando-se, nesta quadra, a circunstância de que a dignidade, na ordem jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado também na Constituição Federal de 1988 (especialmente no artigo 1, inciso III), ocupa a posição tanto de fundamento e tarefa da nossa República, quanto de princípio normativo e, portanto, juridicamente vinculante, em permanente diálogo com os direitos fundamentais e a própria legitimidade da ordem constitucional. Se hoje resulta praticamente inquestionável (e inquestionado!) o reconhecimento de tal posição de prevalência axiológico-jurídica por parte da dignidade da pessoa humana, pelo menos no âmbito dos cultores do Estado Constitucional, também parece incensurável anotar que a respeito do próprio conteúdo e significado concreto da dignidade da pessoa humana, seja na sua dimensão axiológica, seja na sua dimensão jurídica, ainda há muito a avançar.

Com efeito, verifica-se, neste contexto, que segue atual a lição Azevedo (2002, p.12), no sentido de que o acordo a respeito das palavras "dignidade da pessoa humana" infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno do seu conteúdo. Assim, se é correto partir do pressuposto de que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, e, portanto, guarda íntima relação com as complexas, e, de modo geral, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana, já se percebe o quão difícil se torna a busca de uma definição do conteúdo desta dignidade da pessoa

3 Trecho extraído do Prefácio de Paulo Bonavides em Sarlet (2008).

e, portanto, de uma correspondente compreensão (ou definição) jurídica. De outra parte, por mais que não seja esta a posição aqui adotada, verifica-se que não é destituída de qualquer fundamento racional e razoável a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade.[4]

Tendo em mente, por outro lado, que um dos objetivos do presente estudo é o de pautar e discutir alguns aspectos ligados à compreensão do conteúdo e significado, ou melhor, dos conteúdos e significados e, portanto, daquilo que se poderia designar de dimensões da dignidade da pessoa humana, com o enfoque voltado para a ordem jurídica, notadamente pelo prisma da ordem jurídico-constitucional de um Estado Democrático de Direito, é certo que um olhar – ainda que limitado – sobre algumas das contribuições oriundas do pensamento filosófico, também aqui se revela indispensável. Com efeito, se por vezes a filosofia posiciona-se, de modo equivocado, como blindada ao Direito (embora seja o Direito e não a Filosofia quem acaba por definir – e decidir – qual a dignidade que será objeto de tutela do Estado e, além disso, qual a proteção que este pode assegurar àquela), este não deve e nem pode – ou, pelo menos, não deveria – trilhar o mesmo caminho. Tal já se justifica, entre outros fatores, pelo fato de que o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade.

Mesmo que o diálogo entre o filósofo e o jurista, bem como entre estes e as suas circunstâncias (pessoais e sociais)[5] seja marcado por convergências e divergências de toda ordem, é certo que tal debate, ainda mais quando travado na esfera pública e pautado pela prática racional discursiva constitui o melhor meio de, pelo menos numa sociedade democrática[6], estabelecer os contornos nucleares da compreensão das diversas dimensões da dignidade e de sua possível realização prática para cada ser humano. Assim, não há mais – ao contrário do que alguns parecem crer – como desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do Direito no que diz com a proteção e promoção da dignidade.

---

4 Como, por exemplo Neirinck (1999, p. 50), advertindo que as noções filosóficas (como é o caso da dignidade), não encontram solução no Direito. Na mesma direção, Borella (1999, p.37), nega que a dignidade seja um conceito de direito positivo, embora admita que possa ser reconhecida e protegida pelo direito.

5 Aqui se tomou emprestada a clássica e de todos conhecida afirmação de José Ortega y Gasset, no sentido de que o homem é, de certo modo, as suas circunstâncias.

6 Sobre o tema, v., entre nós, Rabenhorst (2001).

Nesta perspectiva, quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, está-se a referir – num primeiro momento – a complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade. Para além desta referência, tão elementar quanto relevante, o que se pretende apontar e sustentar, à luz de toda uma tradição reflexiva, aqui representada (mesmo que de modo limitado e necessariamente ilustrativo) por alguns dos expoentes do pensamento filosófico e jurídico, é que a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

Cientes de que a eleição aqui efetuada no que diz com as diversas dimensões da dignidade não afasta evidentemente outras facetas, importa, acima de tudo, apontar alguns aspectos que julgamos dignos de nota e que têm sido, em maior ou menor escala, intensamente debatidos também no âmbito do Direito e da Filosofia. De modo particular, constitui o intuito do ensaio, demonstrar a necessidade e utilidade deste debate para uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana pela e para a ordem jurídica, aparelhando-a com alguns critérios materiais, para viabilizar uma legítima e eficaz proteção da dignidade de todas as pessoas, sem que se vá aqui adentrar a seara (também) altamente controversa, dos diversos problemas vinculados à sua concretização, notadamente na sua, em geral, umbilical – embora sempre variável – conexão com os direitos fundamentais[7].

Além disso, convém esclarecer ao leitor que o texto busca apresentar uma visão complexa e multidimensional da dignidade da pessoa humana como indispensável para o adequado enfrentamento dos inúmeros problemas concretos que envolve a aplicação prática do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana em geral, mas especialmente, no contexto atual, para os desafios postos pela biotecnologia e, de uma maneira mais abrangente, pelo impacto da sociedade tecnológica e de risco contemporânea. Com efeito, cada vez mais se percebe que uma compreensão sólida e constitucionalmente adequada da noção de dignidade (assim como dos demais princípios e direitos

7 Sobre este ponto, considerando particularmente o elenco de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição do Brasil, remetemos a Sarlet (2008), especialmente p.78-80 e 84-85, obra na qual desenvolvemos uma série de aspectos vinculados não apenas à origem e evolução da noção de dignidade da pessoa humana mas também relativos à condição jurídico-normativa da dignidade, sua conexão com os direitos fundamentais, etc.

fundamentais incidentes em cada caso) constitui pressuposto para uma análise séria e frutífera de qualquer problema concreto, pena de se recair com maior facilidade num voluntarismo e casuísmo nada saudável e muito menos compatível com a relevância da noção de dignidade da pesso humana. Já por esta razão, após algumas considerações a respeito da compreensão multidimensional da dignidade da pessoa humana, iremos, à luz de alguns pontos amplamente discutidos, tecer algumas observações a respeito das funções da dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional (aqui compreendido como Estado Democrático de Direito), designadamente na sua relação com os direitos fundamentais. Antes, contudo, importa agradecer aos ilustres coordenadores da presente obra, pela oportunidade ímpar de, juntamente com tantos autores consagrados, participar desta justa e merecida homenagem a um dos grandes juristas, humanistas e democratas do nosso tempo, Prof. Dr. Paulo Bonavides.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL COMPREENDIDA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL

2.1 ALGUMAS APROXIMAÇÕES

Consoante já anunciado, não há como negar – a despeito da evolução ocorrida especialmente no âmbito da Filosofia – que uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se, no mínimo, difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos[8], caracterizado por sua "ambiguidade e porosidade"(ROCHA, 1999, p.24), por sua natureza necessariamente polissêmica[9], bem como por um forte "apelo emotivo"[10], muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se

8 Neste sentido, dentre tantos, a lição de Maunz; Zippelius (1994, p.179).

9 Cf. DELPÉRÉE, Frrancis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, S. R.; ZILVETI, F. A. (Coords.). **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999, p. 153. Assim também PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la persone humaine: un nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M. A.; REVET, T. **Droits et libertés fondamenteaux.** 4.ed. Paris: Dalloz, 1997. p. 99.

10 Neste sentido, a advertência de Sarmento (1999, p. 59), bem lembrando que tal carga sentimental acaba muitas vezes interferindo na racional aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito.

cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade,[11] pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente pelo ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida,[12] ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade[13]. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade[14] – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no já referido ceticismo por parte de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade.

Neste contexto, bem refutando a tese de que a dignidade não constitui um conceito jurídicamente apropriável e que não caberia – como parece sustentar Habermas[15] – em princípio, aos Juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate público que se processa notadamente na

---

11 Cf. BLECKMANN, Albert. **Staatsrecht II:** die grundrechte. 4.ed. Köln-Berlin-Bonn-Munchen: Carl Heymanns, 1997. p. 173.

12 Esta a oportuna advertência de Tischner (1987, p. 317). Na mesma linha de entendimento situa-se a lição de Renaud (1999, p.36), sustentando, todavia, que, não obstante todos tenhamos uma compreensão espontânea e implícita da dignidade da pessoa humana, ainda assim, em sendo o caso de explicitar em que consiste esta dignidade, teríamos grandes dificuldades.

13 Cf. PÉREZ, Jesús Gonzáles. **La dignidad de la persona.** Madrid: Civitas, 1986. p. 115.

14 Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico. Neste sentido, por todos e mais recentemente Kunig (2000, p. 76).

15 Com efeito, Habermas (2001, p.70), argumenta, em síntese, que o Estado secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 1º e 2º da Lei Fundamental da Alemanha). Além disso – segue argumentando Habermas – quando a pergunta a respeito do tratamento dispensado à vida humana antes do nascimento envolve questões de conteúdo ético, o razoável será sempre contar com um fundado dissenso, tal qual

esfera parlamentar, assume relevo a percuciente observação de Denninger de que – diversamente do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e distanciamento no trato da matéria – para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas consequências jurídicas,[16] muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.

Feitas estas considerações, procurar-se-á, na sequência, destacar algumas das possíveis e relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana, com o intuito de alcançar uma compreensão suficientemente abrangente e operacional do conceito também para a ordem jurídica, ressaltando-se que tais dimensões, por sua vez, não se revelam incompatíveis e reciprocamente excludentes. Inicia-se, neste contexto, pelo que, já de há muito, pode-se considerar como uma dimensão ontológica da dignidade, vinculada à concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, e, de modo geral, comum às teorias da dignidade como uma dádiva ou um dom conferido ao ser humano pela divindidade ou pela própria natureza[17].

2.2 A DIMENSÃO ONTOLÓGICA, MAS NÃO NECESSARIAMENTE (OU, PELO MENOS, NÃO EXCLUSIVAMENTE) BIOLÓGICA DA DIGNIDADE

De acordo com a tradição que remonta ao pensamento clássico de matriz greco-romana[18], a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa

---

encontrado na esfera do debate parlamentar por ocasião da elaboração das leis (no caso, Habermas fez referência expressa ao debate no Parlamento da Alemanha, ocorrido no dia 31.05.2001).

16 Cf. Denninger (2003, p.195-196), lembrando, nesta perspectiva (da necessária intervenção da jurisdição constitucional no plano das decisões envolvendo a dignidade da pessoa humana), a arguta argumentação da Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Juíza Jutta Limbach (extraída de voto proferido em decisão envolvendo a descriminalização do aborto), no sentido de que assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional.

17 Cf. a apresentação das diversas teorias sobre a dignidade levada a efeito por Hofmann (1993, p.357), e, mais recentemente, por Loureiro (1999, p.280-281).

18 Sobre o ponto, v, entre nós, as belas páginas de Comparato (1999, p.11), retratando a evolução da noção de pessoa humana e sua dignidade. Também bem discorrendo sobre a evolução da noção de dignidade humana, v., Rabenhorst (2001, p.13). No mesmo sentido, v. Zippelius (1994, p 8-9), referindo-se ao pensamento do filósofo e político romano Cícero. Também Renaud (1999, p.137) destaca o pensamento de Cícero, informando que este

humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que, nesta perspectiva, não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.[19] Com efeito, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, [20] a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal no âmbito de tal tradição – em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nesta linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa "o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível"[21], o que, por si só, não afasta necessariamente a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa (ou seja, na condição de princípio jurídico e na sua relação com os direitos fundamentais e seu exercício) e em alguma de suas facetas, temática que, todavia, não será explorada neste estudo[22]. Assim, vale lembrar – nesta linha de entendimento - que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece,[23] já que – pelo menos em certo

---

filósofo estóico conferiu à dignidade um sentido mais amplo, fundado na natureza humana e na posição superior ocupada pelo ser humano no cosmos. Com efeito, voltando-nos diretamente às formulações do jurisconsulto, político e filósofo romano, contemporâneo de Pompeu e Júlio César, bastaria lembrar aqui a passagem em que faz referência ao fato de que é a natureza quem prescreve que o homem deve levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem homens, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis da natureza, que proíbe que uns prejudiquem aos outros (CÍCERO, 1999, p.137). Neste contexto, Höffe (2002, p.60), lembra que na China, por volta do século IV a.C., o sábio confucionista Meng Zi afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus, e que é indisponível para o ser humano e os governantes. Também Martínez (2003, p.21) oferece uma série de referências demonstrando que a noção de dignidade da pessoa, ainda que não diretamente referida sob este rótulo, já se encontrava subjacente a uma série de autores da antiguidade, inclusive além das fronteiras do mundo clássico greco-romano e cristão ocidental.

19 Esta a lição de Durig (1956, p. 9).

20 Assim, entre tantos Stern (1988, p.6).

21 Cf. Gonçalves (1999, p.280), citando lição de C. Hodgkinson, filósofo dinamarquês, admitindo, para além disso, a inequívoca inspiração kantiana desta assertiva.

22 A respeito deste ponto, v., por todos, o paradigmático contributo Kloepfer; Menschen (2001), que integra a presente coletânea. Entre nós, remete-se aqui a Sarlet (2008, , p.124), em que desenvolvemos tal problema.

23 Cf. Martínez (1996, p.21). Entre nós, Silva (1998, p.91), inspirado em Kant, referindo que a dignidade da pessoa "não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*,

sentido – constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. (SILVA, 2002, p.191).

Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente (embora não inata) a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva[24] – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração, tudo a apontar para o hoje amplamente consagrado princípio da universalidade, no que diz com a condição de qualquer pessoa ser titular do direito (em verdade, dos direitos) de respeito, proteção e promoção da dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade", preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – as premissas basilares da doutrina kantiana[25], ainda que esta, em vários dos seus aspectos, não seja necessariamente imune a críticas e releituras.

---

um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana", lição compartilhada, mais recentemente, também por Rocha (1999, p.26).

24 Cf., entre nós e dentre outros, Silva (1998, p. 25), destacando que a dignidade da pessoa não desaparece por mais baixa que seja a conduta do ser humano, divergindo, nesta linha de entendimento, de São Tomás de Aquino, já que este – como igualmente bem lembrou o autor citado – justificando a pena de morte, sustentava que o homem, ao delinquir, decai da dignidade, rebaixando-se à condição de besta. Assim, devem ser repudiadas todas as concepções que consideram a dignidade como mera prestação, isto é, algo que depende eminentemente das ações da pessoa humana e algo a ser conquistado, aspecto sobre o qual voltaremos a nos pronunciar.

25 Apenas a título ilustrativo, a concepção Kantiana de dignidade da pessoa encontrou lugar de destaque, entre outros, nos seguintes autores. Entre nós, v., por exemplo, as recentes e preciosas contribuições de Rocha (1999, p.23) e Comparato (1999, p.19) , assim como os trabalhos de Santos (1999, p.20), e Silva (1998, p.89). Na literatura lusitana, v., entre outros, Miranda (2000, p.188), bem como, por último, Pinto (2000, p.51), sem falar na expressiva maioria dos autores alemães, alguns dos quais já referidos.

Nesta linha argumentativa e na feliz formulação de Miranda (2000), o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha – apenas para referir um exemplo extraído da jurisprudência constitucional – igualmente inspirado na Declaração Universal, manifestou-se no sentido de que

> a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais. No âmbito da doutrina alemã, refere-se aqui a paradigmática lição de Gunter Durig, para quem a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda. (DURIG, 1956, p.125).

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)[26]. Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de graves problemas mentais) possui exatamente a

26 Cf. Bleckmann (1997, p. 541). Neste sentido, entre tantos, v. também Podlech (1989, p.275), assim como R. Zippelius (1994, p.9). Conforme bem lembra Frankenberg (2003, p.270), foi a partir de Kant (embora com desenvolvimentos anteriores) o ponto de arquimedes da moderna compreensão de dignidade passou a ser a autonomia ética, evidenciada por meio da capacidade de o homem dar-se as suas próprias leis.

mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz,[27] aspecto que voltará a ser considerado, ainda que não exatamente no mesmo contexto.

Além disso, convém destacar, por oportuno, que com isso não se está a sustentar a equiparação, mas a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade da pessoa humana. De qualquer modo, o que se percebe – e os desenvolvimentos posteriores pretendem demonstrar isso – é que o reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa não resulta, pelo menos não necessariamente (ou mesmo exclusivamente), em uma biologização da dignidade, no sentido de que esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana, geneticamente pré-programada, tal como, por exemplo, a cor dos olhos ou dos cabelos, tal como, entre tantos outros, bem o sustentou um Jurgen Habermas, consoante ainda restará melhor demonstrado no próximo item.

2.3 DIGNIDADE E INTERSUBJETIVIDADE: A DIMENSÃO COMUNICATIVA E RELACIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO O RECONHECIMENTO PELO (S) OUTRO (S)

Mesmo sendo possível – na linha dos desenvolvimentos precedentes – sustentar que a dignidade da pessoa encontra-se, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. Aliás, consoante já anunciado, a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da intersubjetividade

27 Neste sentido, a lição de Durig (1956, p.125), que, com base neste ponto de vista, sustenta que mesmo o consentimento do ofendido não descaracteriza uma efetiva agressão à dignidade da pessoa. Pelo mesmo motivo, também o nascituro (embrião) encontra-se protegido na sua dignidade, admitindo-se até mesmo que os reflexos da proteção da dignidade venham a alcançar a pessoa inclusive após a morte, posicionamento que vai também por nós acolhido. Sobre este ponto, de resto objeto de aguda polêmica, especialmente no que concerne ao marco inicial do reconhecimento de uma proteção jurídica da dignidade e da própria vida, v., entre outros, Kunig 2000, p.73-75) e, mais recentemente, também na doutrina constitucional alemã, Herdegen (2003, p.29). Na França, vale conferir, dentre tantos outros, o ensaio de B. Mathieu (1996, p.283-284). De modo particular, parece-nos oportuno registrar a lição de Höfling (1996, p.117), apontando para a necessidade de uma interpretação aberta e ampliativa do conceito vida, de tal sorte a agasalhar as necessárias respostas normativas às agressões atuais e potenciais que ameaçam a vida humana.

que marca todas relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.

Neste contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño (1995)[28], que, na esteira de Werner Maihofer e, de certa forma, também retomando a noção kantiana, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual, sem que com isto – importa frisá-lo desde logo – se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade. Seguindo – ao menos assim o parece – esta linha de entendimento, vale lembrar a lição de Franck Moderne[29] , referindo que, para além de uma concepção ontológica da dignidade – como qualidade inerente ao ser humano (que, de resto, não se encontra imune a críticas!) – importa considerar uma visão de caráter mais "instrumental", traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na "magistratura moral" coletiva, não restrita, portanto, à ideia de autonomia individual, mas que – pelo contrário – parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo.

De qualquer modo, o que importa, nesta quadra, é que se tenha presente a circunstância, oportunamente destacada por Loureiro (1999, p.281.), de que a dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente

---

28 Este também parece ser o entendimento de Miranda (2000, p.189), ao sustentar que "cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade com a referência à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores [arts. 13, nº 1, e 59, nº 1, alínea *b*], decorrente da inserção numa comunidade determinada." No mesmo sentido, v. Martinez (1996, p.19), referindo, no âmbito de uma dimensão social, a necessidade de que a dignidade, como atributo de pessoa individual, deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos.

29 Cf. Moderne (1997, p.198-199), em passagem confessadamente influenciada pela obra de Ronald Dworkin. Note-se, de outra parte, que as assim denominadas concepções ontológica e instrumental da dignidade, de certa forma correspondem à já referida classificação proposta por Hofmann (dignidade como dádiva e prestação). Nesta mesma linha de entendimento, também no âmbito da doutrina francesa, vale mencionar o magistério de Cassiers (2003, p.407-413), entre outros aspectos apontando para a circunstância de que – na condição de uma criação da sociedade (como elaboração cultural e simbólica) – a dignidade adquire uma dimensão coletiva, no sentido de que a relação do sujeito com ele próprio depende largamente da relação da pessoa com os seus semelhantes.

instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao "florescimento humano". Que tais direitos e deveres correspondem justamente à concepção aberta, complexa e heterogênea dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana na sociedade e no Estado contemporâneo, haverá de ser sempre presente.

Em verdade – e tal aspecto deve ser destacado – a dignidade da pessoa humana (assim como – na esteira de Hannah Arendt - a própria existência e condição humana),[30] sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, igualmente subjacente ao pensamento de Hannah Arendt, no sentido de que a pluralidade pode ser considerada como *a* condição (e não apenas como uma das condições) da ação humana e da política. (ARENDT, 2002, p.15-16). Na perspectiva ora apontada, vale consignar a lição de Habermas (2001, p.62), considerando que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade. (HABERMAS, 2001, p.65). Assim, como bem destaca Hasso Hofmann[31], a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva

---

30 Cf. Arendt (2002, p.15) (capítulo I), no qual discorre, entre outros aspectos (e sem uma referência direta à noção de dignidade da pessoa humana), sobre o conceito e os pressupostos da condição e da existência humana, noções que, a despeito de vinculadas, não se confundem. Assim, para a autora "A ação, única atividade que se exerce entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente *a* condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política. Assim, o idioma dos romanos – talvez o povo mais político que conhecemos – empregava como sinônimas as expressões 'viver' e 'estar entre os homens' (*inter homines esse*), ou 'morrer' e 'deixar de estar entre os homens' (*inter homines esse desinere*)". Em suma, ainda para a filósofa (ob. cit., p.16), "*a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual* a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir" (grifo nosso).

31 Cf. Hofmann (1993, p.364), posicionando-se – ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito eminentemente comunicativo e relacional – no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida. No mesmo sentido, reconhecendo que a

relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).

Tais desenvolvimentos em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que acabaram contribuindo, consoante já referido, para a superação de uma concepção eminentemente especista (biológica) – e, portanto, necessariamente reducionista e vulnerável – da peculiar e específica dignidade dos seres humanos (que, por si só, não afasta uma possível consideração da dignidade da vida de um modo geral[32]), permitem vincular a igual dignidade de todas as pessoas humanas (assim como sua igualdade *prima facie* em direitos) *também* à qualidade comum, recentemente apontada com ênfase também por Francis Fukuyuma, de que como seres humanos "partilhamos uma humanidade comum que permite a todo o ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos no planeta e entrar numa relação moral com eles". (FUKUYAMA, 2003, p.23).

É precisamente com base nesta linha argumentativa, visceralmente vinculada à dimensão intersubjetiva (e, portanto, sempre relacional) da dignidade

---

dignidade também assume a condição de conceito de comunicação, v., no âmbito da doutrina lusitana, a referência Machado (2002, p. 360).

32 Tais questionamentos, por sua vez, remetem-nos à controvérsia em torno da atribuição de dignidade e/ou direitos aos animais e demais seres vivos, que, de resto, já vem sendo reconhecida por alguma doutrina. Sem que se vá adentrar este campo, desde logo nos parece que a tendência contemporânea de uma proteção constitucional e legal da fauna e flora, bem como dos demais recursos naturais, inclusive contra atos de crueldade praticados pelo ser humano, revela no mínimo que a própria comunidade humana vislumbra em determinadas condutas (inclusive praticadas em relação a outros seres vivos) um conteúdo de indignidade. Da mesma forma, considerando que nem todas as medidas de proteção da natureza não humana têm por objeto assegurar aos seres humanos sua vida com dignidade (por conta de um ambiente saudável e equilibrado) mas já dizem com a preservação – por si só – da vida em geral e do patrimônio ambiental, resulta evidente que se está a reconhecer à natureza um valor em si, isto é, intrínseco. Se com isso se está a admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não necessariamente conflita (nem mesmo por um prisma teológico) com a noção de dignidade própria e diferenciada da pessoa humana, que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana. De qualquer modo, consoante já referido, não é aqui que iremos desenvolver tais aspectos. Dentre a doutrina disponível (e as referências não indiciam concordância com o conteúdo dos aportes de cada autor), remetemos – a título exemplificativo – inicialmente ao clássico e altamente controverso contributo de Singer (2002) especialmente p.65. Entre os desenvolvimentos mais recentes, v. o instigante mas equilibrado artigo de Sunstein (2003, p.387), no qual, embora não se tenha reconhecido propriamente uma dignidade dos animais, admite a possibilidade de se atribuir certos direitos a determinadas categorias de animais, a depender, especialmente, de suas capacidades. Revelando seu ceticismo em relação ao reconhecimento de uma autonomia dos animais em relação ao próprio ser humano, o autor prefere enfatizar a idéia de que os animais têm direito a uma vida decente, livre de sofrimento e maus-tratos, o que, de qualquer modo, não se mostra completamente incompatível com alguns componentes da própria noção de dignidade.

da pessoa humana, que se tem podido sustentar, como alternativa ou mesmo (se assim se preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento[33], a teor de uma já expressiva e influente doutrina, que, contudo, aqui não mais poderá ser inventariada e analisada.

2.4 A DIGNIDADE COMO CONSTRUÇÃO: A INDISPENSABILIDADE DE UMA PERSPECTIVA (E, PORTANTO, CONTEXTUALIZAÇÃO) HISTÓRICO-CULTURAL DA DIGNIDADE

As constatações precedentes, no que diz com uma concepção ontológica e intersubjetiva da dignidade, não desqualificam (pelo contrário, reforçam) a observação de que a dignidade da pessoa humana , por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta, não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas,[34] razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) – como bem lembra Rocha (1999, p.24), nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais. (ZIPPELIUS, 1994, p.14).

Já por esta razão, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza

---

33 Sobre as teorias da dignidade como reconhecimento (Annerkennungstheorien) v. também o já referido Hofmann (1993, p.357). Se em Kant e Hegel já se encontram elementos importantes para uma compreensão da dignidade como categoria relacional e comunicativa, que acima de tudo faz sentido no âmbito da intersubjetividade das relações humanas, mediante o reconhecimento recíproco do ser pessoa (aspecto igualmente explorado pelo texto de Kurt Seelman, que compõe esta coletânea), é em autores contemporâneos, tais como Charles Taylor e Axel Honneth – para citar dois dos mais destacados nesta seara – que a noção de dignidade (da pessoa) humana como reconhecimento acabou por ocupar um espaço privilegiado na esfera da discussão política, sociológica e filosófica, não sendo o caso, aqui, de desenvolver este aspecto.

34 Cf., entre nós, Farias (1996, p. 50), por sua vez arrimado nas lições de Gomes Canotilho e de Celso Lafer.

humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente,[35] guardando, além disso, relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade.

Além do mais, tal linha de aproximação (histórico-cultural), importa consignar, foi recepcionada por expressiva jurisprudência constitucional, destacando-se aqui precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, que, no âmbito do Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.1990, assentou que "a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente".[36] Ainda a respeito deste ponto, vale registrar a lição de Benda (1984, p.23), de acordo com o qual, para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana.

É também nesta perspectiva que há, de fato, como traçar uma distinção entre dignidade humana (aqui no sentido da dignidade reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, concreta) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral. Em caráter ilustrativo, é possível referir aqui uma série de situações que, para determinada pessoa (independentemente aqui de uma vinculação a certo grupo cultural específico) não são consideradas como ofensivas à sua dignidade, ao passo que para outros, trata-se de violação intensa inclusive do núcleo essencial da dignidade da pessoa. O mesmo ocorre com a evolução da natureza das penas em matéria criminal ao longo do tempo, já que na mesma sociedade ocidental, que já reconhecia a dignidade da pessoa como um valor até mesmo para o Direito, determinadas penas inicialmente

35 Cf. P. Häberle (1987, p.860), destacando-se que a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de "constante antropológica", de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais (ob. cit., p.842-843).

36 Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.90, Relator Bravo Serra, em que, para além do aspecto já referido, entendeu-se ser do legislador "sobretudo quando, na comunidade jurídica, haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo um pluralismo mundividencial ou de concepções" a tarefa precípua de "em cada momento histórico, 'ler', traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios 'abertos' da Constituição."

aceitas como legítimas, foram proscritas em função de representarem violações da dignidade da pessoa humana.[37]

Desde logo, percebe-se (ao menos assim se espera) que com o reconhecimento de uma dimensão cultural e, em certo sentido, também prestacional[38] da dignidade não se está a aderir à concepção da dignidade como prestação[39], ao menos não naquilo em que se nega ser a dignididade (também) o valor intrínseco reconhecido ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação[40]. Com efeito, não há como aceitar neste ponto

37 A título de exemplo, no que diz com a dimensão histórico-cultural da dignidade e seu reconhecimento pela própria jurisprudência constitucional, vale tanscrever aqui texto livremente traduzido, extraído de decisão do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (v. BverfGE v.45, p.229), ora objeto de livre tradução, "não se pode perder de vista que a dignidade da pessoa humana é algo irrenunciável, mas o reconhecimento daquilo que é exigido pelo postulado que impõe a sua observância e respeito não pode ser desvinculado da evolução histórica. A história das políticas criminais revela que penas cruéis foram sendo gradativamente substituídas por penas mais brandas. Da mesma forma a evolução de penas gravosas para penas mais humanas e de formas simples para formas mais diferenciadas de penalização tem prosseguido, permitindo que se vislumbre o quanto ainda deve ser superado. Por tal razão, o julgamento sobre o que corresponde à dignidade da pessoa humana, repousa necessariamente sobre o estado vigende do conhecimento e compreensão e não possui uma pretensão de validade indeterminada".

38 A respeito da dignidade como limite e tarefa v., entre tantos e mais recentemente, no contexto de uma dúplice função defensiva (negativa) e prestacional (positiva) a lição de Sachs (2000, p.178).

39 Nesta quadra convém lembrar que, de modo geral e de acordo com a influente lição de Hofmann (1993, p. 357), as diversas teorias sobre a dignidade da pessoa, notadamente no que diz com o seu conteúdo e fundamentação, podem ser agrupadas em torno de duas concepções, quais sejam, as teorias que compreendem a dignidade como dádiva (Mitgifttheorien), no sentido de que a dignidade constitui uma qualidade ou propriedade peculiar e distintiva da pessoa humana (inata, ou fu ndada na razão ou numa dádiva divina), bem como as teorias assim denominadas de prestacionais (Leistungstheorien), que veem na dignidade o produto (a prestação) da subjetividade humana. Sem que se vá aqui arrolar e dissecar as principais concepções elaboradas no âmbito destas duas correntes e lembrando que mesmo esta classificação não se encontra imune à controvérsia, parece-nos – tal como lembra o próprio Hofmann (ob. cit., p.358), que, em verdade, não se verifica uma oposição fundamental entre ambas as teorias (dádiva e prestação), já que ambas repousam, em última análise, no postulado da subjetividade e autonomia do indivíduo. A despeito disso, que ambas as concepções apresentam aspectos passíveis de crítica, é ponto que já obteve e voltará a obter alguma atenção ao longo deste ensaio. Também mencionando a classificação proposta por Hofmann, v., em língua portuguesa, a recente e importante contribuição Loureiro (1999, p.280-281), referindo uma terceira concepção teórica extraída do texto de Hofmann, e que visualiza a dignidade como reconhecimento (Annerkennung). Muito embora tal aspecto careça de maior digressão, parece-nos que Hofmann, após apresentar e discutir criticamente as duas concepções da dignidade como dádiva e prestação, passa a propor uma noção de dignidade como reconhecimento, no sentido de que "a dignidade significa reconhecimento recíproco do outro no que diz com a sua especifidade e suas peculiaridades como indivíduo[...]" (ob. cit., p.370).

40 Cf. a leitura de Häberle (1987, p.836), referindo-se especificamente ao pensamento de Luhmann.

a lição de Niklas Luhmann[41], para quem a pessoa alcança (conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa da sua própria identidade. Tal concepção, que chegou a ser qualificada – talvez até de modo exagerado – como um equívoco sociológico (*ein soziologisches Missverständnis*),[42] também não corresponde às exigências do estado constitucional e de sua cultura, já que também aquele que nada "presta" para si próprio ou para os outros (tal como ocorre com o nascituro, o absolutamente incapaz, etc.) evidentemente não deixa de ter dignidade e, para além disso, não deixa de ter o direito de vê-la respeitada e protegida (HÄBERLE, 1987, p. 838). Aliás, justamente no que diz com este ponto, resulta evidente a conexão com a necessariamente dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana, como conectada ao reconhecimento de direitos fundamentais de defesa e direitos a prestações, mas que não será aqui objeto de maior desenvolvimento. De qualquer sorte, apresentadas, em apertada síntese, algumas possíveis dimensões da dignidade da pessoa humana, vale investir, no próximo segmento, no exame de algumas de suas funções no âmbito do Estado Democrático de Direito.

3 ALGUMAS FUNÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 A CONDIÇÃO NORMATIVA E, PORTANTO, JURIDICAMENTE VINCULANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM ESPECIAL NO QUE DIZ COM SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Corresponde a uma posição amplamente advogada na esfera da doutrina constitucional, que uma das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana reside justamente no fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, pelo menos de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no "ponto de Arquimedes do estado constitucional" (HAVERKATE, 1992, p.142).

---

41 Para Luhmann (1974, p.60), adotando nitidamente uma perspectiva Hegeliana, assim como a liberdade, a dignidade é o resultado e condição de uma exitosa auto-re- presentação. Além disso, os conceitos de liberdade e dignidade constituem condições fundamentais para a auto-representação do Homem como pessoa individual, o que, de resto, processa-se apenas no contexto social, de tal sorte que a dignidade e a liberdade referem-se a problemas específicos de comunicação.

42 Cf. a crítica de Starck (1999, p.46, destacando que a dignidade não se restringe aos que logram construí-la pessoalmente, pois, em sendo assim, poderá acabar sendo justificado – como a história já demonstrou – o sacrifício dos deficientes mentais, pessoas com deformidades físicas e até mesmo dos "monstros espirituais" (os traidores da pátria e inimigos da classe).

Nesta perspectiva, afirma-se também que a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, imprime uma concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana (isto é, na dignidade reconhecida ao ser humano e tutelada pela ordem jurídica) e, portanto, radica na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado,[43] razão pela qual se chegou a sustentar que o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de "alfa e ômega" do sistema dos direitos fundamentais (DELPÉRÉE, 1999, p. 61).

Tal concepção, que neste momento não será discutida quanto à sua integral correção (visto que existem fortes razões para que no mínimo seja relativizado o tom apodíctico com o qual a dignidade é esgrimida neste contexto), corresponde também à evolução do direito constitucional positivo contemporâneo, visto que, pelo menos em muitos casos, a dignidade da pessoa humana é textualmente consagrada em alguns Preâmbulos constitucionais, mas encontra particular incidência nos capítulos destinados aos princípios fundamentais, como ocorre precisamente no caso da Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988 (doravante referida como CF88), que, no seu artigo 1°, inciso III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.[44] Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com seu texto – pode ser considerada como sendo comprometida com a plena realização da pessoa humana, (PODLECH,1989, p.281)[45] embora a distância entre texto e realidade,

---

43 Cf. Miranda (2000, p.180). Assim também Andrade (1987, p.101), referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais "não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos". Entre nós, v., por todos, Nunes (2002, p.45).

44 Neste sentido, v., entre outros, Silva (1998, p.91-92). Também Benda (1984, p.23), embora para o caso da Alemanha, de há muito leciona que a noção de dignidade da pessoa constitui o ponto de partida e o centro da concepção de Estado e Direito adotada pela Lei Fundamental de 1949.

45 O mesmo se observa em relação à ordem jurídico-constitucional italiana, de acordo com Bartolomei (1987, p.11), afirmando que a Constituição da Itália, ao reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, acabou criando uma ordem de valores centrada na personalidade humana. A mesma idéia inspirou o Constituinte espanhol de 1978, resultando no art. 10.1, da CF de 1978, no qual a dignidade foi alçada a valor constitucional e fonte dos direitos fundamentais. Nas palavras de Gil (1982, p.422) [...] es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada per se y no como una derivación de los derechos [...] la persona no es el resultado de los derechos que le corresponden; luego,

em se considerando o padrão de vida de grande parte da população e o expressivo número de violações dos direitos humanos e fundamentais, não possa ser pura e simplesmete escamoteada.

A partir do exposto, é perceptível que a dignidade da pessoa humana (designadamente o seu reconhecimento, proteção e promoção) tenha sido compreendida como constituindo um importante critério indicativo da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal (BRUGGER, 1996, p.5). Nesta perspectiva – embora num sentido distinto – há como sustentar que a noção de dignidade da pessoa humana também cumpre uma função política (normativa embora não jurídica) fundamental, atuando como referência para o processo decisório político e jurídico, visto que torna incontroversa (no sentido de uma "metáfora absoluta") a decisão em si mesma do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito de um consenso sociocultural (por exemplo, na afirmação de que uma violação da dignidade é sempre injusta!) e na condição de conceito referencial, ainda que no particular, sobre o que cada um entende por dignidade da pessoa e sobre o modo de sua promoção e proteção, existam muitas divergências.[46]

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente à luz de determinadas experiências constitucionais positivas, como é o caso da brasileira – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, da qual seriam apenas concretizações,[47] também é correto afirmar

---

aún sin derechos, la persona que es un prius respecto de toda ordenación jurídico-positiva, existe en cuanto tal; por lo mismo, los derechos le son inherentes, traen de ella su causa; son exigibles por la dignidad de la persona. No mesmo sentido, ressaltando a dimensão moral imbricada na proteção jurídica, Perez Nuño (1995, p.49) entende que "la dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de to das las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona". Em Portugal, o Constituinte de 1976, acompanhou o modelo da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, consignando expressamente, no art. 1º da Constituição da República Portuguesa, "que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes". Aliás, o valor dignidade incluido na Constituição da República Portuguesa de 1976, segundo a doutrina mais abalizada, implica em ter-se a dignidade da pessoa humana como uma espécie de "princípio-limite", que veda práticas incompatíveis com a condição humana e, além disso, atua como elemento legitimador de uma ordem estatal republicana e inclusiva, da qual constitui o seu núcleo material, como bem coloca, por todos (CANOTILHO, 2004, p. 225-226).

46 V. neste sentido Baer (2005, , p.572-575).

47 Cf., entre nós, E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 54. Quanto a este ponto, já nos pronunciamos, em outra oportunidade, no sentido de revelar alguma reserva no que diz com a alegação de que todos os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 possam ser reconduzidos diretamente e de modo igual ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela extensão do nosso

que os direitos e garantias fundamentais, pelo menos em sua ampla maioria – embora sempre de modo e intensidade variáveis (ANDRADE, 1987, p.101-102) –, guardam alguma relação com alguma das dimensões da dignidade da pessoa humana, notadamente no que está em causa a ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas - de todas as pessoas! - como bem destaca Miranda (2004, p.181).[48] Assim, mesmo que seja correta a assertiva de que o princípio da dignidade da pessoa humana atua – na sua dimensão objetiva - como elemento informador dos direitos e garantias fundamentais, mas também de toda a ordem jurídico-constitucional, também é certo que isto não significa que todos os direitos fundamentais (até mesmo pelo fato de que sempre poderá haver direitos fundamentais em sentido eminentemente formal ou cuja fundamentalidade encontra-se diretamente lastreada em outros valores e opções do Constituinte) sejam uma decorrência direta da dignidade da pessoa humana. De outra parte, haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade da vinculação dos direitos fundamentais em espécie à dignidade da pessoa humana,[49] aspecto que voltará a ser abordado,

---

catálogo de direitos e garantias, seja pelas peculiaridades de algumas normas de direitos fundamentais, tal como ocorre com as regras sobre prescrição em matéria de direito do trabalho, a gratificação natalina (13ª salário), o dispositivo que impõe o registro dos estatutos dos partidos políticos junto ao TSE (art. 17 da Constituição de 1988), etc. Neste sentido, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 9ª ed., op.cit. p. 109 e ss. Neste mesmo contexto, cabe referir importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, citada por M. A. Alegre Martínez, La dignidad de la persona..., p. 47-48, em que, para além de reconhecer que a dignidade da pessoa representa um mínimo invulnerável que toda a ordem jurídica dever assegurar, a Corte Constitucional Hispânica sinalou que isto não significa que todo e qualquer direito fundamental possa ser considerado como inerente à dignidade da pessoa, nem que todos os direitos qualificados como fundamentais sejam integralmente condições essenciais e imprescindíveis para a efetiva incolumidade da dignidade pessoal. No âmbito da doutrina italiana, F. Bartolomei, La dignità umana..., p. 14, refere que a afirmação de um princípio geral de tutela da dignidade humana não importa, todavia, que todos os direitos individualmente considerados possam ser reconduzidos a um único direito. De resto, o entendimento de que todos os direitos fundamentais são diretamente fundados na dignidade da pessoa seria sustentável apenas em se partindo de um conceito exclusivamente material de direitos fundamentais, considerando como tais unicamente os que puderem encontrar seu fundamento direto na dignidade, concepção esta que, todavia não harmoniza com a Constituição Federal de 1988.

48 Cf. também Stern (1988, p.33), leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem (os direitos fundamentais) ser interpretados.

49 Neste sentido também Herdegen (2003), que, a despeito de criticar a a dedução direta de todo o sistema dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa, reconhece que a ordem dos direitos fundamentais encontra-se significativamente impregnada com elementos da dignidade, bem como sustenta a tese do conteúdo diferenciado em dignidade da pessoa dos diversos direitos especificamente considerados.

naquilo que importa ao foco do presente ensaio, especialmente no que diz com a importância da dignidade da pessoa humana para a compreensão do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pela Constituição Federal de 1988.

3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO MATERIAL PARA A IDENTIFICAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DOS EXPRESSAMENTE POSITIVADOS PELO CONSTITUINTE

Sem que se vá aqui aprofundar todas as facetas da problemática, é nosso propósito nesta quadra, partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana assume uma função de inequívoca relevância no que diz com a justificação, tanto da fundamentalidade de direitos e garantias expressamente positivados no texto constitucional, embora não no Título II, quanto na fundamentação de posições jusfundamentais implícitas (incluindo direitos e deveres), é possível afirmar que a circunstância de se estar em face de uma manifestação inequívoca da dignidade da pessoa humana (e de uma exigência concreta de sua proteção ou promoção) constitui indicativo seguro da fundamentalidade das correspondentes posições jurídicas.

Todavia, em se levando em conta que, com algum esforço argumentativo – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio (e da própria noção) de dignidade da pessoa – praticamente tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental. Aplica-se aqui a concepção subjacente ao pensamento de Laurence Tribe e Michael Dorf, no sentido de que a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos veem o que desejam ver,[50] pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr

50 Cf.Tribe; Dorf (1991, p.7), indagando se a Constituição é simplesmente um espelho no qual cada um enxerga o que deseja ver (Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?).

o risco de ser banalizada e esvaziada.[51] Com efeito, não é à toa que, a partir da observação das hipóteses em que violações da dignidade foram esgrimidas na esfera judicial, chegou-se a afirmar que quanto mais elevado o valor que tem sido atribuído à dignidade, mais triviais os objetivos para os quais tem sido invocada.[52] Assim, resulta evidente (também neste contexto) que nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa.[53]

Assim, o fato é que – e ousamos enfatizar exaustivamente – sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie,

---

51 Convém, quanto a este ponto, tomar a sério a advertência de Häberle (1987, p.823), recomendando um uso não inflacionário da dignidade e repudiando a utilização da dignidade de modo panfletário e como fórmula vazia de conteúdo. Neste sentido, por mais que se possa afirmar que, em matéria de dignidade e direitos fundamentais, seja melhor pecar pelo excesso, não há como desconsiderar o fato de que o recurso exagerado e sem qualquer fundamentação racional à dignidade – tal como vez por outra ocorre também entre nós – efetivamente pode acabar por contribuir para a erosão da própria noção de dignidade como valor fundamentalíssimo da nossa ordem jurídica. Aqui poderiam ser enquadradas, apenas em caráter exemplificativo e respeitando a nobre intenção dos prolatores da decisão – alguns julgados ampliando em demasia o significado da dignidade da pessoa humana, para afastar a impenhorabilidade de alguns bens, como no caso dos aparelhos de televisão, telefones, salvo, é claro, circunstâncias especialíssimas impostas pelo caso concreto. Pelo menos sujeito a controvérsias é o entendimento, sustentado pela 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do DF, no Julgamento da Apelação Cível nº 51.159-99, em Acórdão relatado pelo Des. Valter Xavier, afirmando que a cobrança de juros acima do limite constitucional de 12% ao ano constitui prática ofensiva à dignidade da pessoa humana, notadamente em se generalizando a afirmação. É claro que a prática da usura, em determinado nível, notadamente quando assume cunho extorsivo, poderá, dadas as circunstâncias do caso, configurar ofensa à dignidade. Da mesma forma, não se pretende afastar a viabilidade do argumento de que uma legislação permissiva de juros abusivos, possa acarretar situações incompatíveis com as exigências da dignidade. Todavia, acreditamos que se possa questionar a tese de que a simples cobrança de juros acima do limite constitucional seja, em princípio, ofensiva à dignidade, especialmente para o efeito de demonstrar um possível uso inflacionário da dignidade.

52 Cf. Frankenberg (2003, p. 272-273), referindo exemplos da vida forense alemã, como ocorreu com uma demanda intentada por um grupo de Juízes contra alterações introduzidas no âmbito da denominação de certos cargos e funções, ou mesmo de advogados que – inexitosos assim como os seus colegas magistrados – sustentaram a tese da inconstitucionalidade da obrigação de usar a toga, por ofensiva à sua dignidade. Outro caso colacionado pelo autor foi o do cidadão que processou a empresa telefônica pelo fato de que a conta – em função do software do processador de texto – escrevia, em "evidente" violação da dignidade, a letra "ö" como "oe".

53 Reportamo-nos aqui, emborara o autor não tenha feito referência específica a qualquer princípio, ao magistério de Streck (2004, p.310) naquilo que bem aponta para os limites da interpretação, designadamente para o fato de que mesmo em sendo a norma o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete esteja autorizado a "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa".

estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as consequências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco – a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade – de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.[54]

Para além de servir de critério de justificação da fundamentalidade material de direitos positivados ao longo do texto constitucional e de reconhecimento de direitos implícitos (no sentido de subentendidos nos já expressamente consagrados), resta a indagação se do princípio da dignidade da pessoa – sem qualquer outro referencial adicional – poderão ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, ao que temos respondido afirmativamente. (SARLET, 2008, p.109). Com efeito, ainda que nos tenhamos posicionado no sentido da inexistência de um direito fundamental à dignidade (como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária), nada impede – em que pesem as respeitáveis posições em sentido contrário[55] – que do princípio da dignidade da pessoa humana sejam deduzidas – mesmo sem qualquer referência direta a outro direito fundamental (o que não significa que a conexão com outro (s) direito (s) não exista!) – posições jurídico-subjetivas fundamentais.

Mesmo assim, não há como desconsiderar a circunstância de que, justamente pelo fato de serem os direitos fundamentais, ao menos em regra, exigências e concretizações em maior ou menor grau da dignidade da pessoa, a expressiva maioria dos autores e especialmente das decisões judiciais acaba por referir a dignidade da pessoa não como fundamento isolado, mas

---

54 Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de Nabais (1995, p.980). Neste sentido, também aponta Rawls; Habermas (1998, p.350), sustentando a necessidade de limitar-se "as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais", pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

55 Questionando a possibilidade da dedução direta de direitos subjetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos, entre outros, a lição de Brugger (1996, p.19), consignando-se não ser esta a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência alemãs, que, de modo geral, sustenta a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental.

vinculado à determinada norma de direito fundamental. Não é, portanto, sem razão que juristas do porte de um Ernst Benda chegaram a afirmar que os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. (BENDA , 1994, p.166).[56]

Nesta linha de raciocínio, sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos fundamentais, pode assumir, mas apenas em certo sentido, a feição de lex generalis, já que, sendo suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexiste, em princípio, razão para invocar-se autonomamente a dignidade da pessoa humana, que, no entanto, não pode ser considerada como sendo de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade.[57] A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim, caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais.[58] É neste contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação sui generis, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.[59]

Tal constatação não afasta, em princípio, a conveniência de que – justamente em função do alto grau de abstração e indeterminação que caracteriza especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo os direitos e garantias fundamentais concretizações daquele – diante de um caso concreto, busque-se inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, não apenas pelo fato de tal caminho se mostrar o mais simples, mas acima de tudo pela redução da margem de arbítrio do intérprete, tendo em conta que em se tratando de um direito fundamental como tal consagrado pelo Constituinte, este já tomou uma decisão

56 Também este parece ser o entendimento, na doutrina francesa, de Rousseau (1998, p.70), ao sustentar que a dignidade, como realidade jurídica concreta, não existe a não ser por meio de sua realização pelos direitos fundamentais.

57 Neste sentido, a lição de Höfling (1996, p.119).

58 Cf. a oportuna referência de Dreier (1996, p.127).

59 Cf. Geddert-Steinacher (1990, p.166), destacando, ainda, que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio jurídico fundamental, atua – como já referido alhures – como princípio regulativo da interpretação constitucional.

prévia – vinculativa para todos os agentes estatais e particulares – em prol da explicitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa naquela dimensão específica e da respectiva necessidade de sua proteção, seja na condição de direitos de defesa, seja pela admissão de direitos a prestações fáticas ou normativas. Isto, contudo, não significa que uma eventual ofensa a determinado direito fundamental não possa constituir também, simultaneamente, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que esta poderá sempre servir de fundamento autônomo para o reconhecimento de um direito subjetivo, neste caso, de cunho negativo.[60]

Por sua vez, vale frisar, nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção – mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais – da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, pelo menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto da Constituição.[61]

Neste contexto, embora estejamos a tratar aqui mais especificamente de uma diretriz a respeito da titularidade dos direitos fundamentais em geral, há como sustentar, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma determinada comunidade.[62] Aproxima-se desta noção – embora com ela evidentemente não se confunda – o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais,[63] que, nada obstante não consagrado expressamente pelo Constituinte de 1988 e a despeito da redação do caput do artigo 5º da CF88 (atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes do país) a

60 Vale frisar aqui que o âmbito de proteção da dignidade da pessoa não se encontra coberto de modo igual e isento de lacunas, já que a dignidade possui, consoante já destacado, uma normatividade autônoma. Neste sentido, v. Di Fabio (1999, p.38).

61 Peter Häberle (1987, p.844), lembra-nos, neste contexto, que o desenvolvimento pretoriano ou mesmo a nova formulação textual de direitos fundamentais específicos pode ser vista como uma atualização do postulado básico da proteção da dignidade da pessoa humana em face de novas ameaças.

62 É nesta linha que parece situar-se o entendimento de Enders (1997, p.501), vislumbrando na dignidade da pessoa humana um direito a ser titular de direitos.

63 Sobre o princípio da universalidade dos direitos fundamentais v., entre outros, Canotilho (2004, p.390), afirmando que os direitos fundamentais, em regra, são também direitos humanos, no sentido de que não são apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a própria ordem constitucional estabeleça (ou autorize expressamente o legislador para tanto) algumas exceções. Entre nós, v. o recente contributo de A. C. Nunes (20070, bem como Sarlet (2008, p.227), com maiores desenvolvimentos.

titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia – como já tem decidido por várias vezes o nosso Supremo Tribunal Federal[64] – uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer,[65] como ocorre especialmente com os direitos políticos (ativos e passivos) ou mesmo com os direitos dos trabalhadores.[66]

---

64 Vale lembrar aqui, a título ilustrativo, o Acórdão proferido no processo de extradição nº 633/CH, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello (publicado no dia 06.04.2001), no qual restou consignado que "O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law".

65 Neste contexto, Miranda (2000, p.217), reconhecendo o princípio da universalidade no direito constitucional português, averba que "todavia, há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de factores diversos, sejam permanentes, sejam relativos a certas situações [...]".

66 Aqui, em verdade – assim como na já citada decisão do nosso Supremo Tribunal Federal versando sobre a extradição – também se cuida de um exemplo de aplicação da máxima na dúvida em prol da dignidade, e, nesta quadra, da interpretação das próprias normas constitucionais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quando se cuida de ampliar proteção e âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Nesta linha, situa-se decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (STC 95/2000, de 10.04.2000), que, na esteira de precedentes do próprio Tribunal, reafirmou o entendimento de que os estrangeiros gozam (na Espanha), em condições plenamente equiparáveis aos espanhóis, daqueles direitos que pertencem à pessoa como tal e que resultam imprescindíveis para a garantia da dignidade da pessoa humana ("los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantia de la dignidad humana"). Tal entendimento, recentemente reiterado (ainda na Espanha) na Sentença nº 95/2003, na qual restou reconhecida a extensão do direito à justiça gratuita também para os estrangeiros, por seu turno, parece expressar a tendência majoritária da doutrina e da jurisprudência no Direito Comparado, também por influência da internalização dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, do que dá conta, por exemplo, o Acórdão nº 208/04, de 24.03.04, do Tribunal Constitucional de Portugal, onde – com base na dignidade da pessoa humana – foi outorgada a dispensa da taxa judiciária para cidadã brasileira que pretendia propor ação trabalhista. Relativamente a este ponto, importa, ainda, consignar que a extenção da assistência judiciária gratuita a qualquer pessoa (pelo menos em princípio) resulta da **necessidade de se assegurar, a qualquer pessoa – para além de um direito a ter direitos – o direito a direitos fundamentais efetivos**, notadamente no concernente aos direitos diretamente ancorados na dignidade da pessoa.

4 DIGNIDADE E "INCLUSIVIDADE": A SECULARIZAÇÃO E UNIVERSALIZAÇÃO DA DIGNIDADE NUM CONTEXTO

Em face da já referida contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana é de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especifidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade. (MARTÍNEZ, 2003, p.26).[67] Nesta linha de entendimento parece situar-se o pensamento de Dworkin que, ao sustentar a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época. (DWORKIN, 1998, p.305).[68]

Ainda que não se possa aqui avançar muito na discussão em torno de um concepção universalmente aceita de dignidade da pessoa e direitos fundamentais, vale registrar, todavia, a lição de Boaventura Santos[69], ao

---

67 No mesmo sentido, frisando que a despeito da dignidade ser um valor constante, o que assegura dignidade às pessoas acaba sendo definido por fatores históricos e sociais, v. Gearty (2004, p.87).

68 Neste contexto, a respeito da diversidade de tratamento da dignidade da pessoa, mesmo pelo ordenamento jurídico, vale lembrar, entre outros, o exemplo da Constituição Iraniana de 1980 (referido por MATHIEU, 1996, p.286), que, no seu artigo 22, dispõe que "a dignidade dos indivíduos é inviolável [...] salvo nos casos autorizados por lei", o que demonstra igualmente que – ao menos para algumas ordens jurídicas – nem mesmo a dignidade encontra-se imune a restrições pelo legislador, aspecto do qual voltaremos a nos pronunciar. Da mesma forma, vale lembrar aqui, entre outros tantos exemplos que poderiam ser colacionados, a prática da tortura, das mutilações genitais, da discriminação sexual e religiosa, ainda toleradas (inclusive pelo direito positivo) em alguns Estados.

69 Cf. Santos (1997), especialmente p.18 e ss., em que o festejado sociólogo lusitano sustenta que o conceito de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando, em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes, que será viabilizada pela aplicação daquilo que o autor designou de uma "hermenêutica diatópica", que, por sua vez, não pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre as diversas culturas por meio do diálogo. Mais recentemente, também enfrentando a questão da dignidade à luz da globalização e do multiculturalismo, v., entre outros, Weisstub (2002, p.263-293).

sustentar que o conceito corrente de direitos humanos[70] e a própria noção de dignidade da pessoa assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando, em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes, que será viabilizado pela aplicação de uma "hermenêutica diatópica", que, por sua vez, não pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre diversas culturas por meio do diálogo. Neste mesmo contexto, acrescenta-se a observação de Otfried Höffe[71], no sentido de que uma vinculação da noção de dignidade da pessoa à tradição judaico-cristã[72] ou mesmo à cultura europeia, poderia justificar a crítica de que a dignidade não constitui um conceito e postulado intercultural e secularizado, o que, por sua vez – segundo o autor - acabaria sendo um obstáculo à própria universalização e, neste sentido, um fator impeditivo de uma globalização da dignidade num contexto multicultural.

De outra parte, em se tomando por referencial as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, tal qual sumariamente expostas, constata-se o quanto não se pode aceitar, a crítica genérica de que o conceito de dignidade da

---

Demonstrando não apenas a necessidade, mas algumas das possibilidades vinculadas a um diálogo entre as diversas fontes normativas (no caso, enfrentando o tema da dignidade da pessoa humana) v. o estudo de Jackson (2004, p.15-40), propondo, em síntese, uma abertura para os aportes do direito comparado e, de resto, o diálogo produtivo entre as fontes de direito constitucional, especialmente no caso dos EUA, onde, a despeito da ausência de previsão expressa na Constituição (muito embora o reconhecimento da dignidade – ainda que de modo não unânime e carente de uma série de desenvolvimentos – como valor subjacente ao sistema constitucional) existe previsão explícita do princípio na esfera estadual.

70 Neste sentido, vale averbar a lição de Kriele (1994, p.214), apontando para a circunstância de que foi justamente a ideia de que o homem, por sua mera natureza humana, é titular de direitos possibilitou o reconhecimento dos direitos humanos e a proteção também dos fracos e excluídos, e não apenas dos que foram contemplados com direitos pela lei, por contratos, em virtude de sua posição social e econômica.

71 Cf. Höffe (2002, p.49), afirmando que para assegurar a validade intercultural do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte a alcançar vinculatividade mundial, o próprio conteúdo e significado do princípio deve ser necessariamente compreendido como interculturalmente válido e secularizado, portanto, mediante renúncia a qualquer específica mundovisão ou concepção religiosa.

72 Com efeito, vale recordar, com Starck (1999, p.34-35), que a despeito de não existir na Bíblia um conceito de dignidade, nela encontramos uma concepção do ser humano que serviu e até hoje tem servido como pressuposto espiritual para o reconhecimento e construção de um conceito e de uma garantia jurídico-constitucional da dignidade da pessoa, que, de resto, acabou passando por um processo de secularização, notadamente no âmbito do pensamento Kantiano.

pessoa é algo como um cânone perdido e vazio, que se presta a todo e qualquer tipo de abusos e interpretações equivocadas, pois mesmo que se venha a oscilar entre uma hermenêutica pautada pela melhor resposta possível ou pela única resposta correta, qualquer uma das alternativas repudia um voluntarismo hermenêutico arbitrário e, portanto, também constitucionalmente ilegítimo.

Para além disso, não se poderá olvidar – também nesta perspectiva – que a dignidade da pessoa humana (assim como os direitos fundamentais que lhe são inerentes) aponta – de acordo com a lapidar lição de Canotilho (2004, p. 225-226) – para a ideia de uma comunidade constitucional (republicana) inclusiva, necessariamente pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico e, portanto, contrária a qualquer tipo de "fixismo" nesta seara, e, para além disso, incompatível com uma compreensão reducionista e até mesmo "paroquial" da dignidade. Certamente um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares. Que no contexto do debate sobre o qual versa a presente coletânea – notadamente pelos conflitos de alto impacto com outros bens constitucionais e a própria dignidade dos envolvidos no caso concreto, assim como em virtude do intenso embate entre concepções morais e religiosas altamente divergentes – há que levar a sério cada uma das possíveis dimensões da dignidade e, acima tudo, há que repudiar toda e qualquer forma de sectarismo e fundamentalismo resulta evidente. Não apenas nesta esfera, mas também no que diz respeito aos desafios da sociedade tecnológica e de informação, percebe-se o quanto é importante evitar o que já se designou de uma "tirania da dignidade"[73] e o quanto é indispensável assumir uma postura eticamente responsável.

A dignidade, como de há muito apontou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, é sempre a do homem individualmente considerado, mas do homem socialmente vinculado e integrado na sua comunidade[74], portanto, ciente de suas responsabilidades e deveres para consigo próprio e para com a sociedade. Já por tal razão, cada vez mais assume relevo seja, também entre nós, investido na garantia de que todos tenham assegurado

73 Cf. o alerta de Neumann (1998, p.153), discutindo justamente uma noção de dignidade adequada à discussão em torno da biotecnologia.

74 Cf. já BVerfGE, v.27, p.344 e ss., posteriormente chancelado por outras decisões no mesmo sentido, em especial BVerfGE, v.109, p.133 e ss.

a plenitude de seu status activus processualis (tal como concebido por Peter Häberle, ampliando o já consagrado status activus de Georg Jellinek) (HÄBERLE , 1972, p.43) e que cada vez mais a democracia representativa seja substituída por uma genuína democracia participativa, na acepção que tem sido difundida ardorosamente pelo nosso homenageado (BONAVIDES, 2008), pois apenas assim democracia e dignidade da pessoa humana estarão em plena sintonia. Aliás – e cumpre enfatizar tal aspecto – é precisamente isto que corresponde ao projeto constitucional brasileiro, tal qual formatado na vigente Constituição Federal, tendo em conta especialmente a valorização dos assim designados mecanismos de democracia semi-direta, com destaque para o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa, que, todavia, foram significativamente esvaziados nos últimos vinte anos e ainda aguardam que lhes seja dada a necessária efetividade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 797, p.11-26, mar. 2002.

BAER, Susanne. Menschenwurde zwischen recht, prinzip und referenz. **DZPHil (Deutsche Zeitschrift fur Philosophie,** Berlin, n.53, p.571-588, 2005 .

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1987.

BENDA, Ernst. Die menschenwurde ist unantastbar, **Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie (ARSP),** Beiheft, n.22, 1984.

_____. Menschenwurde und persönlichkeitsrecht. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL (Org.). **Handbuch des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland.** 2.ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994. v.1.

BLECKMANN, Albert. **Staatsrecht II:** die grundrechte. 4.ed. Köln-Berlin-Bonn-Munchen: Carl Heymanns, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Dir). **Ethique, droit et dignité de la personne**. Paris: Economica, 1999.

BRUGGER, Winfried. **Menschenwurde, menschenrechte, grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CASSIERS, León. La dignité et l'embryon humain. **Revue Trimmestrielle des Droits de L'Homme,** v. 54, p.403-420, 2003.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, S. R.; ZILVETI, F. A. (Coords.). **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

DENNINGER, Erhard. Embryo und grundgesetz: schutz des lebens und der menschenwurde vor nidation und geburt. **Kritische vierteljahresschrift fur gesetzgebung und rechtswissenschaft**, n.86, p.191-209, 2003.

DI FABIO, Udo. **Der schutz der menschenwurde durch allgemeine programmgrundsätze.** Munchen: Reinhard Fischer Verlag, 1999.

DREIER, Horst. Anmerkungen zu Art. 1 Abs I GG. In: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz kommentar.** Tubingen: Mohr Siebeck, 1996. v.1.

DURIG, Gunter. Der grundsatz der menschenwurde. entwurf eines praktikablen wertsystems der grundrechte aus Art. 1 Abs. I in verbidung mit Art, 19 Abs. II des grundgesetzes. **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR),** n.81, p.117-157, 1956.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida:** una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel, 1998.

ENDERS, Christoph. **Die menschenwurde in der verfassungsordnung:** zur dogmatik des Art. 1 GG. Tubingen: Mohr Siebeck, 1997.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FRANKENBERG, Gunter. **Autorität und integration:** zur gramatik von recht und verfassung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano:** consequências da revolução da biotecnologia. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GEARTY, Conor. **Principles of human rights adjudication.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

GEDDERT-STEINACHER, Tatjana. **Menschenwurde als verfassungsbegriff.** Berlin: Dunker & Humblot, 1990.

GIL, António Hernàndez. **El cambio político español y la Constitución.** Madrid: Planeta, 1982.

HÄBERLE P. Grundrechte im leistungsstaat. **VVDStRL,** n.30,1972.

_____. Die menschenwurde als grundlage der staatlichen gemeinschaft. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Orgs.). **Handbuch des staatsrechts der bundesrepublik deutschland.** Heidelberg: C. F. Muller, 1987. v.1.

HABERMAS, J. Die Zukunft der Menschlichen Natur. **Auf dem weg zu einer liberalen eugenik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

HAVERKATE, Görg. **Verfassungslehre:** verfassung als gegenseitigkeitsordnung. Munchen: C.H. Beck, 1992.

HERDEGEN, Matthias. Neuarbeitung von art. 1 abs. 1- schutz der menschenwurde. In: MAUNZ, T.; DURIG, G. **Grundgesetz kommentar.** Munchen: C. H. Beck, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Medizin ohne ethik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

HÖFLING, Wolfram. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz. In: SACHS, M. (Org.) **Grundgesetz – Kommentar.** Munchen: C. H. Beck, 1996.

HOFMANN, Hasso. Die versprochene Menschenwurde. **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)**, n.118, p.353-377, 1993.

JACKSON, Vicki. Constitutional dialogue and human dignity: states and transnational constitutional discourse. **Montana Law Review**, v.65, p.5-40, 2004.

KLOEPFER, Michael Leben; MENSCHEN, Wurde des. In: _____. **Festschrift 50 jahre bundesverfassungsgericht**. Tubingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 2001.

KRIELE, Martin. **Einfuhrung in die staatslehre.** 5.ed. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994.

KUNIG, Philip. Art. 1 (wurde des menschen, grundrechtsbindung). In: VON MUNCH, Ingo; KUNIG, Philip (Org.) **Grundgesetz – Kommentar.** 5.ed. Munchen: C. H. Beck, 2000, p.65-101. v.1.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.263-289.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als instituition.** 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

MACHADO, Jônatas. **Liberdade de expressão:** dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**, 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. **La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español.** León: Universidad de León, 1996.

MATHIEU, Bertrand. **La dignité de la personne humaine:** quel droit? quel titulaire. Paris: Éditions Dalloz, 1996.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. **Deutsches staatsrecht.** 29.ed. Munchen: C. H. Beck, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora , 2000. v.4.

MODERNE, Frank. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portuguaise et française. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v.1.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. In: AB VNO AD OMNES. **75 anos da Coimbra Editora.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.965-1004.

NEIRINCK, Claire. La dignité de la personne ou le mauvais usage d'une notion philosophique. In: PEDROT, Philippe (Dir.). **Ethique droit et dignité de la personne**. Paris: Economica, 1999.

NEUMANN, Ulfried. Die Tyrannei der Wurde. **ARSP**, v.84, p.153-166, p.1998.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la persone humaine: un nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M. A.; REVET, T. **Droits et libertés fondamenteaux.** 4.ed. Paris: Dalloz, 1997. p.99-114.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. **La dignidad de la persona.** Madrid: Civitas, 1986.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PODLECH, Adabert. Anmerkungen zu art. 1 abs. i grundgesetz. In: WASSERMANN, R. (Org.) **Kommentar zum Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar)**. 2.ed. Neuwied: Luchterhand, 1989. v.2.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAWLS, John; HABERMAS, Jurgen. **O liberalismo político.** Buenos Aires: Paidos, 1998.

RENAUD, Michel. A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos direitos do homem. **Brotéria:** Revista de Cultura, Lisboa, v. 148, p.135-154, fev. 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n.4, p.23-48, 1999.

ROUSSEAU, Dominique. **Les libertés individuelles et la dignité de la personne.** Paris: Montchrestien, 1998.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II–Grundrechte.** Berlin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.48, p.11-32, 1997.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in: _____. (Org.). **Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.13-43.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.212, p. 89-94, abr.-jul. 1998.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito:** investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SINGER, Peter. **Ética prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STARCK, Christian. **Das bonner grundgesetz.** 4.ed. Munchen: Verlag Franz Vahlen, 1999. v.1

STERN, Klaus. **Das staatsrecht der bundesrepublik deutschland.** Munchen: C. H. Beck, 1988. v.3

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNSTEIN, Cass. The rights of animals. **The University of Chicago Law Review**, v.70, n.1, p.387-401, 2003.

TISCHNER, Jozef. Zur Genese der menschlichen Wurde. In: BÖCKENFÖRDE, E.-W.; SPAEMANN, R. (Orgs.). **Menschenrechte und menschenwurde,** 1987.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution, Cambridge.** Massachussets: Harvard University Press, 1991.

WEISSTUB, David N. Honor, dignity, and the framing of multiculturalist values. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (Ed.). **The concept of human dignity in human rights discourse.** The Hague: Kluwer Law International, 2002. p.263-294.

ZIPPELIUS, Reinhold. Anmerkungen zu art. 1 grundgesetz. In: DOLZER, R. (Org). **Bonner Kommentar zum Grundgesetz.** Heidelberg: C.F. Muller, 1994.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: JURISPRUDÊNCIA DO STF

Flávia Piovesan[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: Gênese e principiologia; 3. O Estado brasileiro em faço do sistema internacional de proteção dos direitos humanos; 4. A hierarquia dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é enfocar a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos à luz da Constituição Brasileira de 1988, com destaque à jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, primeiramente serão apresentadas as especificidades desses tratados, bem como de sua fonte — o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, o destaque será dado à posição do Brasil, em face dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em sequência, será desenvolvida a avaliação do modo pelo qual a Constituição Brasileira de 1988 tece a incorporação desses tratados, com ênfase na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: GÊNESE E PRINCIPIOLOGIA

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado "Direito Internacional dos

---

1 Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008), procuradora do Estado de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network.

Direitos Humanos", que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.[2]

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

O "Direito Internacional dos Direitos Humanos" surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.[3]

Ao tratar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma Bilder (1992, p.3-5):

> O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. [...] Embora a ideia de que os seres humanos têm direitos e liberdades

2 Como explica Henkin (1993, p.375-376): "Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional".

3 Na lição de Thomas Buergenthal (1991, p. XXXI): "Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações".

> fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. [...] Muitos dos direitos que hoje constam do "Direito Internacional dos Direitos Humanos" surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos das Organizações das Nações Unidas.

Neste cenário, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta para duas importantes consequências:

> 1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, à medida que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;[4]
>
> 2) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

---

4 A respeito, destaque-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: "Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional". (BOUTROS-GHALI apud HENKIN, 1993, p. 18). Transita-se, assim, de uma concepção "hobbesiana" de soberania, centrada no Estado, para uma concepção "kantiana" de soberania, centrada na cidadania universal. Para Celso Lafer, de uma visão ex parte príncipe, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, passa-se a uma visão ex parte populi, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (LAFER, 1999, p.145).

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

Inspirada por estas concepções, surge, a partir do pós-guerra, em 1945, a Organização das Nações Unidas. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções.[5] A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal,[6] ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-

5 A Declaração Universal foi aprovada pela Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os oito Estados que se abstiveram foram: Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia. Observe-se que em Helsinki, em 1975, no Ato Final da Conferência sobre Seguridade e Cooperação na Europa, os Estados comunistas da Europa expressamente aderiram à Declaração Universal. Sobre o caráter universal da Declaração, observa René Cassin: "Séame permitido, antes de concluir, resumir a grandes rasgos los caracteres de la declaración surgida de nuestros debates de 1947 a 1948. Esta declaración se caracteriza, por una parte, por su amplitud. Comprende el conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no puede desarrolar su personalidad física, moral y intelectual. Su segunda característica es la universalidad: es aplicable a todos los hombres de todos los países, razas, religiones y sexos, sea cual fuere el régimen político de los territorios donde rija. De ahí que al finalizar los trabajos, pese a que hasta entonces se había hablado siempre de declaración "internacional", la Asamblea General, gracias a mi proposición, proclamó la declaración "Universal". Al hacerlo conscientemente, subrayó que el individuo es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes. Naturalmente, es ciudadano de su país, pero también lo es del mundo, por el hecho mismo de la protección que el mundo debe brindarle. Tales son los caracteres esenciales de la declaración. [...] La Declaración, por el hecho de haber sido, como fue el caso, adoptada por unanimidad (pues sólo hubo 8 abstenciones, frente a 48 votos favorables), tuvo inmediatamente una gran repercusión en la moral de las naciones. Los pueblos empezaron a darse cuenta de que el conjunto de la comunidad humana se interesaba por su destino". (CASSIN, 1974. p.397).

6 Cf. Antunes (1972, p.35): "A Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe com "o valor da afirmação de uma ética universal" e conservará sempre seu lugar de símbolo e de ideal".

relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Os instrumentos internacionais de proteção refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, à medida que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Neste sentido, cabe destacar que, até 2007, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 161 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 157 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 145 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 185 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes.(OFFICE OF THE UNITED..., 2004)

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.

Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale dizer, a lógica do Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana.

Feitas essas breves considerações a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos, passa-se à análise do modo pelo qual o Brasil se relaciona com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos.

3 O ESTADO BRASILEIRO EM FACE DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Entre eles, destaque-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis, também em 27 de

janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 — especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais — foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.[7]

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescer o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos por ele assegurado.

4 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Preliminarmente, é necessário frisar que a Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com

7 Para Alves (1994. p.108): "Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição do Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas".

o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

O valor da dignidade humana — ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III — impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.[8] A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos

8.Para Canotilho (1993, p.74): "A legitimidade material da Constituição não se basta com um "dar forma" ou "constituir" de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais)".

fundamentais,[9] o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato das Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, "b" do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais

---

9 Sobre o tema, Canotilho (1993, p.68): "Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na Constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, par excellence, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o 'enriquecimento' da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)". Prossegue o Canotilho (1993, p.18): "Um topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos "direitos do homem" como ratio essendi do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como "direitos naturais", "direitos inalienáveis" ou "direitos racionais" do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal".

de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. No mesmo sentido, argumenta Travieso (1990, p. 90)

> *Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su proprio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bién común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado.*[10]

Esse caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Observe-se que a hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, *b*, da Constituição Federal de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

---

10 Compartilhando do mesmo entendimento, leciona Vanossi (1988. p. 35): "*La declaración de la Constitución argentina es concordante con as Declaraciones que han adoptado los organismos internacionales, y se refuerza con la ratificación argentina a las convenciones o pactos internacionales de derechos humanos destinados a hacerlos efectivos y brindar protección concreta a las personas a través de instituciones internacionales*".

Sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (*o pacta sunt servanda*), e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado.

À luz do mencionado dispositivo constitucional, uma tendência da doutrina brasileira, contudo, passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica, sendo, portanto, aplicável o princípio "lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível". Essa concepção não apenas compromete o princípio da boa-fé, mas constitui afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Nesse sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek:

> De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça — sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico. (REZEK, 2008, p.106).[11]

11 Na lição crítica de Quadros (2005, p.103), ao enfocarem o direito brasileiro: "Quanto aos tratados em geral, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, não sem hesitações, que o tratado e a lei estão no mesmo nível hierárquico, ou seja, que entre aquela e este se verifica uma 'paridade' — paridade essa que, todavia, funciona a favor da lei. De facto, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se ao tratado se suceder uma lei que bula com ele, essa lei não revoga, em sentido técnico, o tratado, mas 'afasta sua aplicação', o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando aquela lei for revogada".

A respeito afirma Dolinger (1987, p.13).

> Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, consequentemente, sua negação. De acordo com a teoria kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, até que, em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, a Suprema Corte modificou seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior, posição que vem sendo criticada pela doutrina pátria. Esta nova posição da Excelsa Corte brasileira enraizou-se de tal maneira que o Ministro José Francisco Resek pronunciou-se recentemente de forma assaz contundente, dizendo da 'prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio'.

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal *versus* Cia. Rádio Internacional do Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradição n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha'". (MELLO, 2005, p.69).

Contudo, realça Mello (2005, p.70):

> A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n.

> 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, à medida que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional — os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.

Embora a tese da paridade entre tratado e lei federal tenha sido firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, sendo anterior, portanto, à Constituição de 1988, e refira-se ainda à tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra — Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias — e o Decreto-lei n. 427, de 1969), constata-se ter sido ela reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, quando do julgamento, em grau de *habeas corpus*, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.

Com efeito, no julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.1995), ao enfrentar a questão concernente ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica (particularmente do art. 7, VII, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos) no Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em votação não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que

inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica — cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas — não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...]. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...] Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil — à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) — houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. [...] Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa

> à supremacia da Constituição — que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) — o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. [...] A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, *b*), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado.[12]

Este artigo, no entanto, defende posição diversa. Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana — que é valor fundante do sistema constitucional.

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: "Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição". O caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Esses argumentos sustentam a conclusão de que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais.

---

12 Estes trechos foram extraídos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131-RJ, em 22.11.1995. Note-se que esse entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos do RE 206.482-SP; HC 76-561-SP, Plenário, 27.5.1998, e RE 243613, 27.4.1999.

Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, § 2º — apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados *status* paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.

No dizer de Gordillo (1990, p.53-55.), para quem os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional,

> a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluímos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito.

Nessa mesma direção, afirmam Pereira; Quadros (1997, p.103 e 117):

> No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. [...] ao estabelecer que 'os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional', o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional

> a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão 'não excluem' não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá.[13]

Destaca-se, ainda, a corrente doutrinária que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos. A respeito, merece menção o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC n. 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressaltou, em seu voto, o referido Ministro: "Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48)". E prosseguiu:

> Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque — alçados ao texto constitucional — se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim — aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em *Arquivos de Direitos Humanos*, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de

13 Ver ainda Mello (2001, p. 25).

> Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), *Os Direitos Humanos e o Direito Interno*) — a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas — até, se necessário, contra a lei ordinária — sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Esse entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Divorcia-se, dessa forma, da tese majoritária do STF a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais[14].

Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição". (BRASIL, 2004).

Em face de todos os argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer que seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando — tal como o fez o texto argentino — que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.[15]

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

---

14 Destaca-se, ainda, a posição do, então, Ministro Carlos Velloso, em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos (*vide* julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, conhecido como o "caso Ellwanger").

15 Defendi essa posição em parecer sobre o tema, aprovado em sessão do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em março de 2004.

turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era previsto.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos, há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas (MELLO, 2001), e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último — um tratado complementar e subsidiário ao principal — fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.[16]

16 A título de exemplo, cite-se o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), que, embora seja lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal.

Ademais, como realça Celso Lafer (2005, p.16)

> o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

A respeito do impacto art. 5º, § 3º, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18799, tendo como relator o Ministro José Delgado, em maio de 2006:

> [...] o §3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n.45, é taxativo ao enunciar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ora, apesar de, à época, o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado §3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o §1º supra determina, peremptoriamente, que

> as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção [...] não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos.[17].

Este julgado revela a hermenêutica adequada a ser aplicada aos direitos humanos, inspirada por uma lógica e racionalidade material, ao afirmar o primado da substância sob a forma[18].

O impacto da inovação introduzida pelo art. 5º, § 3º e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial foram também realçadas no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343[19], em 22 de novembro de 2006, em emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao destacar:

---

17 RHC 18799, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 09/05/2006, DJ 08.06.2006.

18 Em sentido contrário, destaca-se o RHC 19087, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 18/05/2006, DJ 29.05.2006, julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Albino Zavascki. A argumentação do referido julgado, ao revés, inspirou-se por uma lógica e racionalidade formal, afirmando o primado da forma sob a substância. A respeito, destaca-se o seguinte trecho: "Quanto aos tratados de direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação de sua força normativa – de lei ordinária para constitucional – também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por quórum qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)".

19 Ver Recurso Extraordinário 466.343-1, São Paulo, relator Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos. Note-se que o julgamento envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Até novembro de 2006, oito dos onze Ministros haviam votado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, tendo sido pedida vista dos autos pelo Ministro Celso de Mello para maior reflexão sobre a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Em 1995, diversamente, no julgamento do HC 72.131-RJ, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a mesma temática, sustentou a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, admitindo a possibilidade da prisão civil por dívida, pelo voto de oito dos onze Ministros.

> [...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [...] Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na odem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. [...] Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. [...] Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais que que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.

Por fim, concluiu o Ministro pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Ao avançar no enfrentamento do tema, merece ênfase o primoroso voto do Ministro Celso de Mello, a respeito do impacto do art. 5º, § 3º e da necessidade de atualização jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 87.585-8, em 12 de março de 2008, envolvendo a problemática da prisão civil do depositário infiel. À luz do princípio da máxima efetividade constitucional, advertiu o Ministro Celso de Mello que

> o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão,

> que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. [...] É dever dos órgãos do Poder Público -- e notadamente dos juízes e Tribunais -- respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

É sob esta perspectiva, inspirada na lente "*ex parte populi*" e no valor ético fundamental da pessoa humana, que o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. Neste sentido, argumentou:

> Após longa reflexão sobre o tema, [...], julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico -- constitucionalmente consagrado (CF, art.4o, II) -- da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no

> plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. [...] Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2o do art.5o da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3o do art.5o da Constituição [...]. É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2o do art.5o da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.

Cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal o desafio de reafirmar sua vocação de guardião da Constituição, rompendo em definitivo com a jurisprudência anterior acerca da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e, a partir de uma interpretação evolutiva, avançar na defesa da força normativa constitucional destes tratados, conferindo máxima efetividade à dimensão material mais preciosa da Constituição -- os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global.** São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. Natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 446, p.35, dez. 1972.

BILDER, Richard B. An overview of international human rights law. In: HANNUM, Hurst (Ed.). **Guide to international human rights practice.** 2.ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Senado Federal. **Emenda Constitucional n. 45, dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99,102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências, 2004. Disponível em: <http://www.manole.com.br/upload/tb_manole_arquivo/arquivo/05_EC_45.pdf>. Acesso em: ago. 01 ago. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 41.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In: _____. **Viente años de evolucion de los derechos humanos.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

DOLINGER, Jacob. **A nova Constituição e o direito internacional.** Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1987.

GORDILLO Agustín. **Derechos humanos, doctrina, casos y materiales:** parte general**.** Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

HENKIN, Louis et al. **International law:** cases and materials. 3.ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos:** reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15.ed . Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties,** 2004. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2008.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público.** 3. ed. Coimbra:. Livraria Almedina, 1997.

QUADROS, André Gonçalves Pereira e Fausto de. **Manual de direito internacional público.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos y derecho internacional.** Buenos Aires: Heliasta, 1990.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **La Constitución Nacional y los derechos humanos.** 3.ed. Buenos Aires: Eudeba, 1988.

O PAPEL DA JURISDIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O COSMOPOLITISMO PARA ALÉM DO CONSTITUCIONAL E DO INTERNACIONAL, A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE TÊMIS, MARCO PÓLO E O BARÃO COSME DE RONDÓ

Jânia Maria Lopes Saldanha[1]
Sadi Flores Machado[2]

"Encheram a terra de fronteiras, carregaram o céu de bandeiras.
Mas só há duas nações – a dos vivos e a dos mortos"[3]

Sumário: 1 Introdução; 2 A internacionalização entre ordem e desordem: Têmis, "fertilizações recíprocas" e "mentalidades alargadas"; 3 A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito: Marco Pólo, comércio e as viagens do direito; 4 A jurisprudencialização dos direitos humanos: Cosme, "distanciamentos aproximativos" e a efetivação do direito cosmopolítico; 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pretensão de compreender o cosmopolitismo neste texto, a partir de relação entre Têmis, Marco Pólo e o Barão Cosme da obra de Ítalo Calvino[4],

---

1 Professora do PPGD e do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora da Faculdade de Direito da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Doutora em Direito da UNISINOS. Advogada. Este texto, com algumas modificações posteriores, foi apresentado em Conferência proferida no "I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional: O Novo Constitucionalismo na Era pós-positivista – Homenagem a Paulo Bonavides, realizado em Natal/RN, e promovido pela FARN – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, em 29/ago/2008. Trata-se de resultado parcial de duas pesquisas interligadas. A primeira, que se realiza na UNISINOS, e que se intitula "Os direitos humanos entre a funcionalização do Poder Judiciário e a autonomia do direito comum pluralista: desafios e perspectivas de implementação da hermenêutica constitucional cosmopolítica no âmbito jurisdicional brasileiro" e a outra, que se realiza na UFSM, intitulada "A concretização dos direitos humanos na jurisdição brasileira sob a óptica do constitucionalismo e da internacionalização do Direito: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca".

2 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista PIBIC/CNPq/UFSM, no projeto intitulado "A concretização dos direitos humanos na jurisdição brasileira sob a óptica do constitucionalismo e da internacionalização do Direito: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca". 2º Secretário de Pesquisa do Diretório Livre do Direito/UFSM – gestão 2008/2009.

3 COUTO, Mia. **Um rio chamado tempo, uma casa chamada terra.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

4 CALVINO, Ítalo. **O barão nas árvores.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

responde, por um lado, à exigência da construção de uma nova gramática para que se possa entender a Justiça e a jurisdição, no vasto campo do fenômeno da internacionalização do direito. E, por outro, para mostrar que a extensão dos domínios deste último extrapola a visão moderna de sua produção, linear e piramidal, restrita ao âmbito dos Estados nacionais. Para o leitor, ao primeiro olhar, talvez seja incongruente estabelecer estreita relação entre Têmis, do mundo grego e mítico, Marco Pólo, do mundo medieval e real, e o Barão Cosme de Rondó, do mundo literário e contemporâneo.

Entretanto, a metáfora pode ser bem-vinda na medida em que se reconheça a necessidade de colocar Têmis (a Justiça) no lugar onde sempre deveria ter estado, ou seja, como o poder (estatal ou não) caracterizado por aquilo que se pode denominar, com Kant, de "mentalidade alargada" (KANT, 1998), humanizando-a e retirando-lhe do espaço mítico, trazendo-a para o mundo dos homens.

A proposta de construção/consolidação do direito cosmopolítico, a partir de valores comuns para a humanidade, que estabelece como ponto de partida o que pode ser denominado de "irredutível humano", dependendo do lugar que o intérprete ocupa, poderá representar uma utopia ou, ao contrário, pode ser reconhecido como um processo já em curso, em cujo contexto o Estado e as Constituições continuam a ser os protagonistas.

Marco Pólo, tendo se tornado uma figura emblemática, suplantou os limites das fronteiras e ganhou o mundo. Essa tem sido e ainda é, de certo modo, a condição do direito. Tal como para o sucesso do viajante, a internacionalização exige novas gramáticas e a compreensão de que as relações humanas têm ocorrido na circularidade, passando da geometria do círculo para a da rede. Os direitos internacionalizam-se e constitucionalizam-se num movimento recíproco, o que aumenta exponencialmente a complexidade do Direito, cada vez mais polimorfo. Por um lado, o desafio à soberania estatal foi inevitável e, por outro, o sujeito foi colocado ao centro da grande cena, protagonizada pelas relações internacionais no mundo de hoje.

Para explicar esse fenômeno, que se constitui no desenho do cosmopolitismo, escolheu-se a figura do Barão Cosme, como aquela que dá sentido material à ânsia atual pela sua concretização. O Barão, tendo decidido passar o resto de seus dias vivendo sobre as árvores, desenvolveu relações complexas com toda sorte de seres vivos que pelo seu caminho – suspenso – passaram. E, ao fazê-lo, foi desafiado pelo exercício constante da tolerância e da *comity em rede*[5].

5 Allard; Garapon (2005, p.74) retiram essa expressão da língua inglesa, dizendo que significa uma forma de civilidade entre iguais e que é graças a ela que as nações reconhecem em seu território ou nos seus tribunais, as instituições de outras nações ou direitos ou privilégios adquiridos por cidadãos

A humanidade, talvez sem que se tenha precedente de tamanha dimensão, vive um tempo de profundas transformações e interrogações. Seja qual for o campo a que se dedique o pensamento humano, o chamado à filosofia é condição de possibilidade para que se alcance o sentido da existência humana e do próprio homem. Castanheira Neves (2003, p. 142), ao referir-se a Karl Jaspers, aponta três possíveis origens filosóficas: a) a admiração ou o assombro; b) a incerteza e a dúvida e; c) o abalo e a comoção.

Das três origens da filosofia, parece ser o abalo a que se faz presente mais intensamente a suscitar a reflexão sobre o sentido da existência humana. Já não é mais possível responder a tantas exigências que a vida apresenta tomando-se por base os referenciais teóricos – e práticos - há muito conhecidos. Talvez como para o pré-socrático Heráclito, hodiernamente, a tradição, os rituais e os mitos legados pela modernidade devam ser redimidos para dar lugar às palavras e aos atos.[6] Trata-se de deixar os sentidos falarem sua gramática, tirando o mundo da sua letargia.

Nesse sentido, se a filosofia heideggeriana, no século XX, foi o mote para que se compreendesse a exigência ontológico-existencial de **cuidado**[7] para o trato de toda e qualquer questão humana, em sua faticidade e temporalidade, foi justamente ela que colocou o abalo e o espanto como o núcleo das questões últimas. E o seu lugar resta assegurado em tempos de "hipercomplexidade", "hiperconsumo", "hiperinsegurança".[8]

Desse modo, se é visível o abalo de que o direito é vítima, o chamado à Justiça é cada vez mais intenso e carregado de incertezas. Do ponto de vista do direito interno, descortina-se um conjunto de fatores que desafiam a tradicional racionalidade positivista, destacando-se especialmente a atuação da jurisprudência, que na atualidade supera muitos dos limites normativos da lei e reconhece a existência de direitos fundamentais acima e independentemente desta. Trata-se, em verdade, da "concreta-problemática realização do direito" (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p.106) que implica distinguir-se, mais uma vez, entre *ius e lex.*

---

estrangeiros em seu próprio país. Mas a expressão "*comity* em rede" é nossa, no sentido de existência de uma rede de amizade ou de hospitalidade, de que será tratado adiante.

6 Veja-se Schüler (2001, p.15-16).

7 Consulte-se Heidegger (1989).

8 Não se trata, portanto, da ultrapassagem da modernidade para a pós-modernidade, mas da vivência da modernidade elevada à enésima potência, para cujos problemas as categorias modernas não são capazes de dar respostas adequadas. As expressões são de Lipovetski (2007a, p.14) e inserem-se na concepção desse autor sobre "sociedade hipercomplexa". O autor refere-se a uma nova sociedade, que funciona por hiperconsumo e não por des-consumo. Consulte também Lipovetski (2007b, p.25).

Porém, não se trata apenas disso. O Judiciário, na concorrência entre os clássicos poderes do Estado, ora tem sua competência alargada, ora se vê encurralado pelas decisões dos demais. Instâncias alternativas de solução de conflitos existentes no âmbito da sociedade civil, como as de mediação e de arbitragem, bem assim, as práticas costumeiras e tradicionais, se por um lado contribuem para reduzir o déficit da solução dos conflitos provocados pelas notórias limitações estatais, por outro, causam o aumento exponencial das incertezas.

Assim, para que sejam compreendidas todas as nuances do fenômeno da internacionalização do direito, é importante refletir não apenas sobre suas fontes e valores mas, primeiramente, sobre seus atores. Neste trabalho, especial destaque será dado à atividade dos juízes, seguramente os "agentes mais ativos" de tal processo. (ALLARD; GARAPON, 2005, p.8). Ora, o contexto das relações internacionais, neste início de século, denuncia um interessante fenômeno, que é o da busca exacerbada pelo juiz. Se ainda é possível manter a tripartição, é perfeitamente pertinente afirmar que, no plano internacional, os juízes constituem o mais universal daqueles três poderes, o que, a toda evidência, tende a provocar desequilíbrio entre eles. (DELMAS-MARTY, 2007, p.41-42).

Sob o ponto de vista da jurisdição interna, a tarefa dos juízes chegou à máxima complexidade porque, invariavelmente, resolver problemas concretos implica transbordar o próprio sistema jurídico, contribuindo para a construção de um direito cuja eficácia ultrapassa as fronteiras nacionais. Desse modo, no amplo cenário das jurisdições regional, supranacional e internacional, surgem novos modelos de juiz, dos quais é exigida uma dupla tarefa. De um lado, solucionar fenômenos inteiramente desconhecidos, muitas vezes sem qualquer orientação normativa, o que os leva a inspirarem-se nas jurisdições nacionais. De outro, construir, pela atividade jurisdicional paulatina, os próprios princípios basilares de sua função.

Nesse contexto de alta complexidade e exigência, poderá a jurisdição superar sua mentalidade estreita - porque restrita ao nacional - e, assim, seria capaz de alargar seu pensamento para empreender um diálogo com seus pares (Parte 1)? As "viagens" do direito, ocasionadas pelo referido alargamento da compreensão de justiça, não estão a provocar um duplo fenômeno, qual seja, o direito internacional influenciando o constitucional, e vice-versa (Parte 2)? Diante dessa perspectiva, quais são as condições que o direito cosmopolítico impõe aos juristas, para que sua efetivação transborde do plano das expectativas, invadindo o campo da experiência? Mais concretamente, tem a jurisdição brasileira, especialmente a do STF, contribuído para que tal ocorra em matéria de efetivação dos direitos humanos, um dos temas expoentes da globalização (Parte 3)?

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO ENTRE ORDEM E DESORDEM: TÊMIS, "FERTILIZAÇÕES RECÍPROCAS" E "MENTALIDADES ALARGADAS"

Como referido, o objetivo deste trabalho é analisar o papel que tem desempenhado a jurisdição no enfrentamento da complexa questão da internacionalização do direito e, ao mesmo tempo, verificar em que medida ela tem contribuído para concretizar o direito cosmopolítico.[9]

Propor um mundo em que se possa falar de "bem público mundial" e de "tolerância" diante de um cenário grave de desigualdades e exclusões como o que é apresentado no âmbito de muitos Estados, em particular, e no âmbito global, no geral, pode ser considerado ingênuo. Ora, não se desconhece o déficit constitucional e democrático, em países de modernidade tardia como o Brasil, conforme têm incansavelmente denunciado eminentes juristas brasileiros[10]. Também não são desconhecidos os mais de duzentos conflitos armados existentes no plano internacional, tampouco as carências materiais, enfim, o conjunto catastrófico da degradação humana e do planeta.

Os acontecimentos globais contemporâneos sublinham tragicamente a ausência de uma verdadeira ordem mundial: o sistema de segurança coletivo da Carta das Nações Unidas mostra esta fragilidade, o Tribunal Penal Internacional revela dificuldades em impor sua jurisdição, países do MERCOSUL desrespeitam a jurisdição exclusiva do Tribunal Permanente de Revisão, quando escolhido. Resulta que, nesse sentido, o direito perde força e legitimidade.

Tal como é conhecido, o direito moderno nasceu nacional. Assim era necessário para dar o suporte adequado ao Estado-Nação, que então surgia. Subjacente aos elementos clássicos do Estado, estava a ideia de direito, fator essencial que corroborava a teoria contratualista rousseauniana, bem como a própria "afirmação jurídica original" associada à noção de sujeito de direito. Ou seja, aquele que possuísse uma honradez original podia-se afirmar contra os demais e também portar uma disposição para a imputabilidade, que se afirmaria contra outro sujeito, também titular de direitos, relação essa que somente estaria completa por meio da consciência da reciprocidade.[11]

Não é outra a preocupação que, na atualidade, em particular, tem demonstrado Castanheira Neves, quando indaga pelo problema universal do direito e sobre as condições da emergência do direito como tal. O autor vai dizer que, se a condição mundanal e a condição antropológico-existencial são

9 Uma percuciente abordagem sobre o tema pode ser vista em Ventura (2008), que se encontra no prelo.

10 Veja-se Coutinho (2005).

11 Quanto a esse último aspecto, Höffe (2005, p.93) afirma que se trata de uma "ética jurídica", uma vez associada ao auto-conhecimento dos direitos e dos deveres.

condições constitutivas para a emergência do direito, não são suficientes. É preciso agregar-lhes a condição ética, posto que o homem vive em condição de relação, uma vez que "a pessoa só existe no mundo que se constitua como mundo de pessoa" (NEVES, 2002, p.837-871).

Nesse sentido, o autor recupera duas dimensões básicas que dão conformação a essa condição ética em que o direito está inscrito. A primeira é a de que o homem é um sujeito ético, o que se traduz por duas notas essenciais: a liberdade e a condição de pessoa. Liberdade, como condição transcendental da normatividade, porque essa é impensável sem aquela. Pessoa, na medida em o homem deixa de situar-se no campo puramente antropológico, para colocar-se no mundo da coexistência ética, uma vez que a pessoa "não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética". (NEVES, 2002, p.863-864).

A segunda é a de que o próprio direito está submetido ao imperativo ético. Ora, entendendo-se a pessoa como "sujeito ético", a ética também deve se impor ao direito. Diz: "sê pessoa e respeita os outros como pessoa" (NEVES, 2002, p.866), sendo essa a mais profunda dimensão ética do direito e que está à base da noção de amor ao próximo, o que implica pensar, com Kant (1998, p.196), que aí está o mote do "pensar pondo-se no lugar de um qualquer outro", o que pressupõe o exercício da co-responsabilidade, eis que os homens estão ligados entre si porque são homens.

Tais considerações preparam a compreensão da necessidade de "abertura de mentalidade" da jurisdição ao não conhecido, ao inusitado, ao alargado, como se verá adiante.

Como sabido, toda a produção jurídica moderna estava voltada à consolidação do espaço nacional, garantindo-se, com isso, a própria afirmação do Estado, em âmbito interno, quanto impunha sua independência frente aos demais Estados. Tratava-se de um tempo em que urgia consolidar-se como ordenamento jurídico, com sistema próprio e autônomo, o que mais tarde veio a expressar-se como legicentrismo, para poder libertar-se do peso da multiplicidade e fragmentação de poderes que grassara no medievo.[12]

Por outro lado, sob o ponto de vista do campo de atuação do Poder Judiciário, os juízes deram uma relevante contribuição para a sedimentação

12 Foi um fenômeno audacioso que, como refere Hespanha (1993, p.9 e 22), teve sua ascensão, apogeu e queda. Essa última expressão pode ser associada à contínua mudança de conteúdo e função da lei, que gerou a chamada "crise da lei", que restou por enfraquecer seus próprios pilares, o legalismo e o estatalismo. Assim, segundo o autor, o primado da lei como tecnologia não encontra mais eco na realidade contemporânea, dando vazão à perspectiva sociológica das "novas fronteiras da legalidade" ou à perspectiva política atinente à chamada "deslegalização". Veja-se: Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma.

do direito nacional e de suas bases político-filosóficas. Na verdade, dos três poderes do Estado, o Judiciário tem sido aquele que, historicamente, reproduz de modo seguro os valores do sistema jurídico a que pertence, o que fez aflorar a tese do "modelo jurisdicional" de controle da atividade do Estado, porquanto, nas democracias contemporâneas, o ideal de "Estado democrático" é o Estado de Direito, e este não se faz sem os juízes.

Mas hodiernamente, quando se pensa em segurança interna ou externa, previdência social, relações de trabalho, desenvolvimento econômico, bem-estar, preservação da vida e do meio ambiente, redução da pobreza, movimento humano, comunicações virtuais, isto é, quando se pensa na grande parte daquelas atividades que dão impulso à organização social e humana e às formas jurídicas de uma maneira geral, percebe-se que todas essas dimensões da vida em sociedade extrapolam os limites estatais.

Novos atores ganham forma e influência no cenário mundial, atribuindo diversa dimensão aos espaços públicos e privados. Todavia, os signos máximos da modernidade – democracia, mercado e responsabilidade social – não são eliminados. Ganham diferente performance, exigem novas interpretações e, por tal razão, promovem mudanças radicais na própria política. Relações jurídicas inovadoras são entabuladas nesse cenário e novos conflitos daí derivam. O chamado ao juiz foi elevado à enésima potência.

No entanto, como já referido, o Poder Judiciário, amiúde, tem-se voltado aos litígios internos, sem qualquer elemento exterior que os qualifique, forjando um tipo de racionalidade/mentalidade judiciária estreita, uma vez que restrita ao próprio ordenamento jurídico. Não se trata de um defeito ou mal em si. Tal perfil cumpriu por dezenas de anos a finalidade através das quais as atividades dos juízes reduzidas ao seu sistema jurídico encarregavam-se de consolidá-lo por meio de suas decisões. Não eram, na verdade, chamados a enfrentar demandas complexas e tampouco eram convidados a pensar seu sistema e suas práticas a partir do que se fazia em outros lugares.

Talvez seja possível pensar que quando a justiça dos Estados se abre à influência de sistemas normativos que não aquele a que está sujeita, como os de natureza regional, supranacional e internacional, bem como quando busca inspiração na jurisprudência dessas outras dimensões normativas, assim como também, em sentido contrário, quando a justiça regional, supranacional e internacional, pratica a reciprocidade e busca ensinamentos na justiça estatal, toma forma, no âmbito jurídico, aquilo que Kant denominou de "mentalidade alargada", um tipo de *cultura animi*[13], isto é, uma mente de tal modo educada

13 A expressão é de Cícero, que a utilizou para explicar que somente por meio da filosofia é que se adquire essa cultura. Também pode ser encontrada em Arendt (2001, p.273). Com o mesmo sentido,

que se possa confiar-lhe o cuidado de rever suas posições e valores em nome dos interesses humanos.

Ao tratar de três máximas do entendimento humano comum ligado ao gosto, é que Kant (1998, p.196-197) põe a questão da mentalidade alargada. Primeiro, diz que é preciso "pensar por si", segundo, diz que é preciso sempre "pensar no lugar de todo o outro" e, terceiro, é preciso "pensar de acordo consigo próprio". Assim, de acordo com o filósofo, a primeira é a máxima da maneira de pensar "livre de preconceito", a segunda - e é a que interessa para o efeito deste trabalho - é a maneira de "pensar alargada", enquanto que a terceira é a maneira de "pensar consequente".

A contribuição do pensamento kantiano não só como elemento de compreensão, antes de necessidade, para o desenvolvimento da mentalidade alargada dos juízes, no contexto da pluralidade jurídica e do rompimento de fronteiras, banha de luz um caminho que sempre conheceu o limite do estatal. Kant, ao referir o "pensar alargado", deixa claro que não se trata da "faculdade de conhecimento, mas da maneira de pensar, fazendo dessa faculdade uso conforme os fins (*zweckmässig*)." Assim, não deixa dúvida que, ao referir-se à pessoa de mentalidade alargada, quer dizer que essa não se "importa com as condições privadas subjetivas do juízo", e sim "reflete sobre o seu juízo desde um ponto de vista universal (que ele somente pode determinar enquanto se transpõe para o ponto de vista dos outros). Para ele, então, a máxima do pensar alargado nada mais é do que o exercício da "faculdade do juízo". (KANT, 1998, p.197-198).

Ora, que fazem os juízes senão exercê-la? E julgar, segundo Kant (1998, p.76)[14] é uma faculdade essencialmente política, no sentido de que não deve ser resultado de um ponto de vista próprio, mas da perspectiva de todos os outros presentes e do material envolvido. O principal problema no âmbito da prática da justiça é exatamente o de dar-se conta dessa dimensão política[15] da jurisdição,

---

é encontrada na apresentação feita por Rob Riemen à obra de Steiner (2004, p.15) referindo que a *cultura animi* trata da alma e do espírito humanos para que a pessoa possa ser mais do que aquilo que também é, ou seja, um animal.

14 Como visto, Kant trata da questão quando se refere ao gosto e diz que o juízo do gosto "exige somente ser válido para toda a gente". Isso significa dizer que independe da "contingência interna".

15 Justamente porque a política concerne ao mundo que está entre os homens. Se desaparecida a política, esse também será o desaparecimento do "mundo comum". Por isso, quanto mais povos e relações houver, mais mundos serão criados entre eles, com uma riqueza de pontos de vista e, espera-se, maior e mais aberta será a nação. Nesse mundo será reencontrado o particular, mas é justamente o pensamento alargado que permitirá o conhecimento do remoto e, assim, reconhecer o semelhante naquele que não nos assemelhe. Veja-se em: Revault d'Allones (2008).

como concretizadora de valores fundamentais à vida humana.[16] Põe-se, de um lado, a questão da universalidade desses valores profundamente humanos, que não conhecem credo, etnia e condição social. De outro lado, o risco da sua hegemonia, que tende a solapar a diversidade e o multiculturalismo.[17]

A razão pode estar com Hannah Arendt, quando afirma que a eficácia do juízo fruto de uma mentalidade alargada

> repousa em uma concordância potencial com outrem e o processo pensante que é ativo no julgamento de algo não é, como o processo de pensamento do raciocínio puro, um diálogo de mim para comigo, porém se acha sempre e fundamentalmente, mesmo que eu esteja inteiramente só ao tomar minha decisão, em antecipada comunicação com os outros com quem sei que devo afinal chegar a algum acordo. O juízo obtém sua validade desse acordo potencial. (ARENDT, 2001, p.274).

No campo próprio da jurisdição, essa "mentalidade alargada" vai fazer-se presente quando o juiz faz o desvio para outras culturas, encontrando nelas algum elemento que possa contribuir para o exercício de persuasão que desenvolverá ao julgar. Sendo assim, escapa-se da condição de sujeito solipsista que, isolado, cria a "sua decisão" e vai-se ao encontro de uma jurisdição com discernimento – *phrónesis* -, uma vez que considera a perspectiva dos outros. Por conseguinte, tais decisões são destinadas a um auditório amplo. Na mesma linha do que pensa Perelman; Olbrechts-Tyteca (1996, p.34-39), quando refere acerca da audiência universal, tal jurisdição justamente pretende "realçar um modo de saber que se forme na expectativa de aceitação de todas as pessoas razoáveis". (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.135).

Uma das características desse diálogo entre juízes, que pode ser horizontal, relacional, nacional, social e intelectual, é que o paradigma do

16 Com o necessário enfrentamento do código econômico, que é na verdade o que predomina hoje no plano mais amplo das relações internacionais, uma vez que houve, segundo Neves (2006, p.218) uma expansão hipertrófica dele, eis que associado à globalização econômica e, por outro lado, uma redução hipotrófica da autonomia dos sistemas político e jurídico, em cujo contexto está inserido o Poder Judiciário.

17 Tal paradoxo, segundo Santos (2003) poderia encontrar resposta na *hermenêutica diatópica*, na medida em que os vários sistemas jurídicos poderiam aprender uns com os outros, por exemplo, no âmbito dos direitos humanos, quando o que pode ser considerado como um *topoi* forte de determinada cultura ou povo, transforme-se em outra apenas em argumento. A hermenêutica diatópica seria a condição de possibilidade de aproximação entre as culturas e, desse modo, viabilizaria um maior equilíbrio entre o respeito aos direitos humanos e a imposição dos princípios econômicos.

raciocínio lógico-formal cede passo ao do razoável. E a justiça, assim, rompe com a linearidade a que sempre esteve associada e manifesta-se como "uma ideia confusa", em que o razoável toma o lugar da verdade absoluta (SILVA FILHO, 2007, p.123-143). Ora, quando as jurisdições resolvem, reciprocamente, abrir-se aos ensinamentos uma das outras, praticam a experiência da conversação, pano de fundo do pensamento gadameriano, reconhecendo seus pré-juízos inautênticos, modificando-os frente aos argumentos do outro. Trata-se da "fusão de horizontes" que caracteriza o pensamento hermenêutico, pois todo aquele que compreende faz parte do próprio acontecimento.[18]

Ainda que inusitada possa significar essa mudança de atitude, serve de alavanca para uma verdadeira virada nos limites das funções jurisdicionais e, ainda, denuncia a timidez dos juízes nacionais em voltar-se para o direito comparado. O que possui de surpreendente e novo a teoria kantiana da mentalidade alargada, possui também de útil.

Surpreendente e novo, porque a elaborou quando examinou o fenômeno do gosto. Sim, porque sempre se acreditou que, por ser matéria situada no campo da estética, estava invariavelmente para além do campo da política e do domínio da razão. Mas Kant, como lembra Arendt (2001, p.277) "se viu perturbado pela pretensa arbitrariedade e subjetividade" do gosto, uma vez que tal arbitrariedade ofendia o seu sentido político e não estético. Útil, porque na medida em que é aqui utilizada para justificar a necessidade de alargamento da mentalidade dos juízes nacionais ao regional, transnacional e internacional, convoca o exercício de sua função pública naquilo que de mais valioso comporta, que é a realização da justiça.

Note-se que o "estreitamento" ao nacional, que deve ser superado, e o "alargamento" ao internacional, que deve ser alcançado, decorrem, em boa medida, da prática da solidariedade que, pode-se dizer, radica no coração da ideia de "mentalidade alargada", na medida em que essa somente se realiza em consideração ao "outro", mas também exige um esforço de imaginação, um tipo de "pensamento nômade" (ALARD; GARAPON, 2005, p.75), capaz de transitar por vários lugares e culturas, e que se tornou vital com a globalização. Talvez esse seja o lugar em que o senso de solidariedade humana permaneça intacto, porque chama ao reconhecimento da diferença e de outras experiências, então, valoriza o partilhamento. Essa ideia de solidariedade e partilha é sobretudo visível em matéria de efetivação dos direitos humanos, que acaba por ser traduzida na ambição ética da justiça. (ALARD; GARAPON, 2005, p.8).

---

18 Trata-se do giro hermenêutico, porque nesse campo a linguagem é que é tomada como horizonte onde tudo acontece e é considerada a base da ontologia hermenêutica. (GADAMER, 1999, p. 708).

Desse modo, o exercício da "mentalidade alargada" em matéria de efetivação dos direitos humanos, ao invés de afastar-se da Constituição, teria um sentido inverso, ou seja, o de concretizá-la! Afinal, no Preâmbulo, no art. 4º e no art. 5º, §2º, 3º e 4º, o que faz a Constituição senão justamente prometer que o Estado brasileiro – por seus juízes também, - está comprometido com a solidariedade, com a pluralidade, com o respeito aos direitos humanos e com a jurisdição TPI?

Postas essas premissas, no limitado espaço deste texto, é chegada a hora de dizer que muito mais do que motivada em razões que buscavam persuadir, (ALARD; GARAPON, 2005, p.72-73), as jurisdições nacionais, baldada a timidez antes referida, tiveram de dar início ao diálogo com outras jurisdições porque temas interdisciplinares e transversais[19] além de serem inescapáveis, não podiam mais esperar pelas lentas definições burocráticas dos Estados. E, ao contrário, as jurisdições regionais, transnacionais e internacionais, em muitas ocasiões valeram-se das decisões que nesse âmbito elas proferem, como também das decisões nacionais na mesma matéria, diante da natural insegurança originária da multiplicação de fontes de onde se tira o direito.

Assim como os juízes nacionais se internacionalizam, porque chamados a aplicar os textos internacionais, os juízes "regionais e internacionais", cada vez mais, são demandados para resolver casos não só entre os Estados ou organismos internacionais, mas casos que envolvam indivíduos, vítimas de violações de direitos humanos, bem como autores de delitos elevados à categoria de internacionais. Essa possibilidade tornou-se factível sobretudo depois do reconhecimento de que os indivíduos são sujeitos de direito internacional.[20]

A regra de ouro do não-isolamento fomenta, em vista disso, as trocas entre as jurisprudências, quando uma instância decisória inspira-se em outra. Há (ou deveria haver) uma troca corrente e permanente entre o plano internacional, regional e nacional,

---

19 Que, a propósito, põem em destaque o papel do direito processual. Veja-se a importante participação de ONGs no Brasil, como o caso da **Justiça Global** junto à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos na busca da efetivação dos direitos humanos, quando o sistema judiciário nacional e seu complexo quadro de instâncias recursais, não oferece as respostas adequadas. Desde o ano 2000 foram entregues 11 pedidos junto a CIDH, todos denunciando violação de direitos humanos no Brasil. E assim, o papel dessa jurisdição tem sido decisivo para instar o Estado brasileiro ao cumprimento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual se tornou signatário no ano de 1992. Observam-se os dados em Justiça Global Brasil (2008).

20 Os indivíduos tornaram-se sujeitos de direito internacional em meio à plena crise de poderes, em nível nacional e internacional, a exigir uma refundação desses poderes, a partir de outras bases teóricas, para além da moderna dicotomia do público e do privado. Tal crise, como se pode constatar, é bem mais profunda que apenas a de poderes. A inserção dos indivíduos como sujeitos de direito internacional remete a uma crise de valores, porque compõe o mosaico dos novos atores da mundialização. Esse tema é desenvolvido por Delmas-Marty (2008, p.163-191).

método que, segundo Delmas-Marty (2006, p.49), pode fomentar uma "fertilização recíproca" de argumentos jurisprudenciais. É inegável, assim, que a existência de órgãos jurisdicionais de controle, não só serve para estabilizar o conjunto normativo, como também para acelerar/regular o tempo para a incorporação do próprio direito.

Ora, sendo assim, restaram totalmente vazias de sentido as posições que viam no papel da jurisdição o poder do Estado voltado à concretização dos direitos subjetivos ou à preservação da vontade concreta da lei. Não é o caso simplesmente de negar a importância da jurisdição no contexto do Estado nacional, mas, para além disso, diante da urgência da vida, encontrar nela o lugar onde os julgadores têm a exata percepção da complexidade do mundo e da pluralidade que o qualifica e que clama por novas instituições e novas gramáticas. Refundar as bases jurisdicionais revela-se urgente.

O pano de fundo em todas essas questões consiste no aumento da intensificação dos intercâmbios entre as mais diversas jurisdições e, na sua singular expressão, no surgimento de uma "sociedade de tribunais". Na visão de Alard e Garapon, tal situação não levaria ao surgimento de um sistema jurisdicional novo e tampouco ordenado, mas sim a um espaço "não hierárquico e policêntrico" (DELMAS-MARTY, 2006, p.31) em que a ausência de hierarquia e a acefalia seriam, elas próprias, a condição de possibilidade de sua existência e de seu funcionamento. Nesse ponto, criticam tanto a obra de Anne-Marie Slaughter – *A new world order*[21] – quanto a de Mirreille Delmas-Marty – *Le relatif et l'universel*[22] -, uma vez que tais autoras reconhecem o comércio de juízes, mas afirmam que esse fenômeno deverá ser ordenado, para reunir o que é múltiplo e complexo.

Ora, o pluralismo em que se constitui na atualidade a prática da jurisdição exige sim novas gramáticas e uma nova teoria das fontes. Talvez seja inapropriado negar a necessidade de ordená-lo para evitar a hegemonia de instâncias de interesses sobre outras – como as do mercado sobre os direitos humanos e vice-versa – como refere Delmas-Marty. Esse reconhecimento,

---

21 Para Slaughtrer (2004), o Estado não está desaparecendo, e sim se desagregando, dividindo-se em seus componentes funcionalmente distintos. Esses componentes – tribunais, instâncias de controle, órgãos executivos e até mesmo legislativos – estão formando redes com sues homólogos no estrangeiro, estabelecendo uma cerrada teia de relações que constitui uma nova ordem transgovernamental. Segundo a autora, atuais problemas internacionais – terrorismo, crime organizado, deterioração ambiental, lavagem de dinheiro, quebras bancárias e fraudes financeiras – estão na origem e justificam essas redes de relações. Para ela, o transgovernamentalismo é a forma mais eficiente e difundida de governabilidade internacional.

22 DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginatives du droit (I):** Le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004.

entretanto, não renega que, no diálogo entre juízes, há efetivamente a formação de redes jurisdicionais, que ora estabelecem relações de coordenação, de sobreposição e, até de exclusão, não sendo em nada desprezível a alusão de que no âmbito da "mundialização da justiça" existem multifacetadas expressões dessa atuação, como: a) função de mediação; b) função de admoestação; c) função de estímulo; d) função de avaliação; e) função de neutralização e, f) função de competição.[23]

Assim, a Têmis do século XXI escolhe suas vestes e delibera sobre seus olhares. Espera reconhecer em Marco Pólo e no Barão Cosme as metáforas em que se inspirará para mudar. É o que segue.

3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: MARCO PÓLO, "COMÉRCIO" E AS VIAGENS DO DIREITO

Marco Pólo, explorador italiano nascido em 1254, provinha de uma família de abastados mercadores venezianos. Ainda que, aqui, não se analisem detalhes esmiuçados de sua vida e de seus feitos, cumpre salientar seu legado. O relato detalhado que elaborou sobre suas viagens pelo Oriente conferiu-lhe, por muito tempo, a reputação de contador de histórias fantásticas.

Nos séculos XIX e XX, reputou-se ao viajante a qualidade de modernista. Esse caráter ambíguo, apontado por Jacques Brosse, faz com que suas aventuras sejam lidas com tanto prazer (BROSSE, 2006). Mas a ambiguidade não impede que se identifique, em Marco Pólo, o gosto pela viagem, pela descoberta e pelos

23 a) de mediação – como quando a justiça americana mediou o conflito entre cidadãos franceses judeus e a França em pedidos de pedidos de indenização pelos prejuízos durante o regime Vichy; b) de admoestação – quando o Tribunal Internacional de Justiça ordenou aos tribunais americanos que revissem penas de morte impostas a cidadãos sob a jurisdição mexicana, sob a alegação de que tais decisões foram proferidas em ofensa ao direito internacional; c) de estímulo – como ocorreu no caso Pinochet, pois a denúncia feita pelo juiz espanhol fomentou o processo contra o ex-ditador em sua pátria; d) de avaliação – que ocorre quando os tribunais internacionais têm de avaliar se os tribunais locais estão em condições de julgar crimes de guerra; e) de neutralização – como quando um estado para fugir da competência da justiça regional, por exemplo, em matéria de comércio, recorre a OMC e; f) de competição – quando no campo das marcas e patentes, busca-se canalizar para os tribunais internos os processos mais importantes. (ALLARD; GARAPON, 2005, p.34-35). No caso da América Latina, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos invariavelmente tem exercido a função admoestadora quando, por exemplo, considera que os Estados não cumprem a Convenção Latino-Americana de Direitos Humanos. Por isso, denuncia-os à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como recentemente ocorreu em dois casos envolvendo o Brasil, por violação dos direitos humanos ao devido processo legal, proteção da honra e da dignidade e proteção judicial. Vejam-se os casos nº 12.353 e 12.478 em Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008).

novos saberes. É como se, já nos séculos XIII e XIV, o viajante estivesse a antecipar os princípios e diretrizes fundamentais às viagens do direito, hodiernamente.

Um fenômeno de dupla face emerge: a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional, grandemente responsáveis pela "mentalidade alargada da jurisdição". O fato é que soçobram razões para querer-se ir além, ou seja, pensar tal fenômeno sob o ponto de vista da efetivação do cosmopolitismo, tarefa que também seria dos juízes.

O conjunto de relações que extrapolam os limites estatais não provoca "desvios genéticos no DNA" que marca as Constituições contemporâneas, como refere Canotilho. (2006, p.269). Elas são mais do que nunca necessárias, pois em inúmeros pontos em que o direito internacional tateia, o diálogo deve ser realizado com as Constituições nacionais.

Aos radicais defensores do direito constitucional, pode parecer insólito os Estados abrirem-se ao internacional. Afinal, tanto esforço demandou a organização político-jurídica dos Estados que parece impensável, senão perigoso à soberania, beber na fonte do internacional. Porém, o direito, no seu sentido lato, filosófico, não se vincula ao caráter estatal, no sentido tradicional e restrito, como sublinha Höffe (2005).

A diferença entre o plano constitucional e o internacional, que marcou de forma indelével as teorizações encetadas ao longo do Século XX nessa matéria, sucumbiu na entremistura, que atualmente é provocada por um campo plural de outras fontes normativas nacionais ou internacionais ou, ainda, por meio de consensos produzidos por instituições ou organismos internacionais.

A *good governance* – "a condução responsável dos assuntos do Estado" - pode dar bons aportes acerca do assunto. Canotilho (2006, p.326-327) vai lembrar, entre outras razões, que é justamente ela que acentua a interdependência internacional dos Estados e a necessidade de que se voltem às regulações internacionais. E o autor vai além, para dizer que a boa governança "constitui um novo enquadramento transnacional da estatalidade". (CANOTILHO, 2006, p.330).

Enquadramento inovador que, aliás, tem apontado para novos princípios, denunciando a imprescindibilidade do acolhimento de uma Teoria do Estado, por parte da Teoria da Constituição. Entre eles, sob a perspectiva da internacionalização, despontam o *princípio da coerência* entre as diferentes políticas e ações estatais; o *princípio da abertura*, voltado para a constante procura de soluções de governo e o *princípio da eficácia*, conjugando políticas públicas e necessidades sociais. (CANOTILHO, 2006, p.330-331).

Por falta de uma Teoria da Constituição supranacional, o plano de construção das constituições nacionais pode ser uma alternativa inicial à consolidação de estruturas normativas supranacionais. Seus elementos construtivos – questões de justiça, do bem comum, regras de organização política e as questões de validade e transição ordenada das Constituições – oferecem margens às discussões e deliberações entre Estados.[24]

A ordem jurídica supranacional, a qual a União Européia representa, na contemporaneidade, a forma melhor lapidada, caracteriza-se pela transcendência das fronteiras dos Estados membros isolados, sem prejuízo de consulta e aplicação das jurisdições nacionais. Se a obra contratual da União Européia, frente aos indícios, como adverte Frankemberg, adquire um caráter constitucional, ainda se está por resolver "de que forma o caos ou a pluralidade de uma comunidade de muitos povos, voltada à expansão, deveria ser adequadamente constituída". (FRANKENBERG, 2007, p.124).

Nesse sentido, o que se detecta é a abertura do direito internacional ao constitucional, em função do diálogo necessário que brota do multilateralismo entre os Estados e da imposição do respeito aos direitos humanos em sentido amplo. Particularmente no que diz respeito a esses últimos, o seu fortalecimento no plano interno é uma decorrência da sua universalização, bem como o é a dos princípios democráticos que servem de vetor à organização dos Estados.

Isso porque, num mundo em desordem, onde "ninguém parece estar no controle agora" (BAUMAN, 1999) a universalização dos direitos do homem, a construir, promete oferecer um compartilhamento de sentidos. As experiências exitosas das Constituições nacionais oferecem, para tanto, a expectativa de consolidar essa universalização, pela troca de culturas e experiências.

É importante ressaltar, com Piovesan (2002, p.58), que as Constituições da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, como marcos jurídicos relevantes nessa transição, no âmbito do Mercosul – ordem jurídica supranacional a lapidar -, consagram "o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional". Todos estes aspectos, referidos acima, configuram a **constitucionalização do direito internacional.**

Urge que o direito reconheça-se mutante – entre o nacional e o internacional, revela-se transnacionalizado – a fim de que não reduza "sua

24 Cf. Frankenberg (2007, p.102-111).

capacidade de influenciar um processo histórico que galopa", conforme alerta Deisy Ventura. Segundo a autora, a atual razão de ser do Estado de direito implica organizações capazes de acolher atores estatais e não-estatais, numa perspectiva de complexidade em expansão. (VENTURA, 2008). A Teoria do Direito, dessa forma, é desafiada a incluir em sua semântica a problemática das ordens jurídicas plurais e globais (NEVES , 2006, p.261).

Na análise de Häberle (1997, p.41-42), a hermenêutica constitucional têm-se deparado com uma constante relativização. Isto porque, com cláusulas constitucionais cada vez mais abertas, a permitir interações entre as ordens locais e internacionais, os juízes constitucionais não interpretam de forma isolada: as forças pluralistas públicas os acompanham neste processo, conferindo potencial normativo à sua esfera.[25]

Ademais, Häberle cita, em outro lugar, os pactos internacionais relativos aos direitos humanos, bem como a Comissão Européia de Direitos Humanos como elementos a configurar a abertura do Estado Costitucional. Para o pensador, vêm surgindo sucessivos indícios do que ele considera uma "Comunidade Internacional de Estados Constitucionais", em sentido kantiano (HÄBERLE, 2002, p.124). **A internacionalização do direito constitucional** revela-se, assim, como um dos aspectos desse novo "direito comum cooperativo". (HÄBERLE, 2002, p. 283-289).

Tanto sob a ótica da internacionalização quanto sob a ótica do cosmopolitismo, porém, a concretização do Direito por meio da atividade jurisdicional é uma realidade intranspassável. O Direito, como se viu, não se encerra no espaço limitado dos Estados Nacionais. Ergue-se ao regional e ao internacional e, com isso, modela um novo julgador que deve se abrir ao global para dialogar com seus pares.

No que diz respeito aos interesses econômicos, muitos fatores têm provocado sua hegemonia, como, por exemplo, a exportação da lei nacional por meio de conceitos-chave ou por meio da produção de consensos, como faz o Banco Mundial, criando zonas de não-direito, por atividades paranormativas. O mercado substitui a Nação, impõe-se ao Estado e torna-se direito.

No que diz respeito aos direitos humanos, não se pode ignorar as críticas à pretendida universalização, surgidas a partir da Declaração de 1948. Não obstante isso, seu texto reconhece todas as culturas, desde que respeitem a dignidade de todos os seres humanos. Desse

25 Em obra mais recentemente traduzida no Brasil, Häberle defende a idéia de que, como alternativa ao "Estado constitucional soberano e livre ocidental" pode-se vislumbrar o fortalecimento de um "Estado constitucional cooperativo". Veja-se Häberle (2007).

modo, o pluralismo dos direitos humanos corre o risco de fragmentação, especialmente se pensarmos nas reservas que os Estados impõem aos tratados internacionais sobre o tema.

Por outro lado, Delmas-Marty (2008) afirma que a resposta à critica à hegemonia pode ser política e axiológica: política, porque se vê a desocidentalização dos direitos humanos, invocados nos processos de descolonização e portanto emancipados da tutela estatal. Axiológica, porque são transculturais, uma vez que, no artigo 1º da Declaração Universal de 1948, ao lado da razão, há a expressão "consciência", para atender os interesses orientais e seguir a tradição confucionista.

No âmbito do comércio internacional, observa-se a superação da lei nacional em benefício da lei dos comerciantes. Veja-se, por exemplo, o papel da OMC e da Arbitragem internacional. Também se pode notar a extensão de uma ética das empresas e dos códigos de conduta.

E a crítica à universalização uniformizante dos valores e dos direitos humanos é encontrada na noção de margem nacional deixada aos Estados, essencial para a manutenção do multiculturalismo, como também na necessidade de que o pluralismo seja ordenado.

A própria jurisdição constitucional, nascida no século XX, para acompanhar as grandes Constituições democráticas que surgiram após o fim da Segunda Guerra Mundial, consolidou-se como um recurso de afirmação da soberania e de autonomia do direito estatal frente aos demais direitos. Mas as margens de interpretação valorativa que ganharam campo e provocaram a perda das certezas jurídicas, inclusive no que diz respeito à aplicação hegemônica do marco normativo exclusivamente estatal, fizeram surgir esforços para compreender o fenômeno. Buscar novas gramáticas tornou-se imperioso e, a partir disso, suscitaram-se indagações se a hermenêutica poderia ajudar a compensar essa perda de "certezas" e a encontrar essa nova gramática.

Mais uma vez com Alard; Garapon (2005), a aplicação e invocação do direito e dos precedentes estrangeiros pelos juízes nacionais, antes de derivar de um imperativo ou a de alguma autoridade, repousa no espaço da escolha, pois visa a atender o objetivo persuasivo. Para que isso ocorra, é preciso contar com um outro tipo de racionalidade jurídica, mais aberta, fraterna e hospitaleira.

Insistir ser a contingência o que delineia um tipo de sociedade e de sistema-mundo que suplantam expectativas de futuro linear, é uma necessidade para quem pretende livrar-se de regimes e sistemas autoritários e, no caso particular da jurisdição, dos clichês que a têm definido, especialmente como

resultado das teorizações que sobre ela foram elaboradas na virada do Século XIX para o século XX.[26] É justamente nesse ponto que se pode indagar se há realmente um núcleo humano que deve ser preservado e qual papel é reservado à Justiça em tal contexto.

Ora, na mesma proporção em que há a fuga das essências, dos fundamentos últimos que se prestariam a dizer o que é "essencialmente humano" há, por outro lado, a ânsia de encontrar um núcleo comum que identifique a humanidade. Esse núcleo comum, pode-se dizer, repousa na própria ideia de solidariedade. Como afirma Rorty (2007, p.312), mesmo que não se admita que haja direitos fora da história, porque é ela que os constrói, quando ela se conturba e as instituições e padrões de

26 Não é objetivo deste texto tecer explicações e conceituações acerca da jurisdição. Contudo, não se pode deixar de referir que a doutrina processual, invariavelmente, aponta os seguintes conceitos clássicos sobre a jurisdição, a saber: a) Jurisdição do Estado liberal, em cujo contexto os juízes estavam impossibilitados de interpretar a lei ou considerar as circunstâncias do caso concreto. O contrário disso obscureceria os valores liberais de previsibilidade e certeza; b) a Jurisdição do positivismo que foi tributário da concepção de lei do Estado liberal. Porém, o positivismo não apenas colheu a ideia de que o direito se esgota na lei como também foi o responsável por uma brutal simplificação das funções dos juízes, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense; c) umbilicalmente ligada às duas concepções anteriores, a concepção que via na jurisdição uma função dirigida a tutelar direitos subjetivos privados, contribuiu para a construção da perspectiva repressiva de jurisdição, pois pressupunha, para agir, que tivesse havido previamente a violação de um direito subjetivo, cuja reparação poderia sempre ser convertida em indenização pecuniária. Com isso, jamais houve preocupação com a integridade do direito material; d) a jurisdição vista sob o prisma da atuação da vontade da lei que teve em Mortara seu idealizador, ao primeiro olhar revelou a preocupação em afirmar o direito objetivo ou o ordenamento jurídico. Seu objetivo, nessa linha, passou a ter uma conotação publicista. Não obstante isso, ao fazer a defesa do direito objetivo, não se alforriou da influência dos valores do Estado liberal, mantendo-se fiel ao aprisionamento do juiz ao legislador e à vontade da lei; e)- Chiovenda, em 1903, teorizou que a jurisdição deveria ser vista como uma função voltada à atuação concreta da lei ao caso concreto. Apesar disso, manteve a perspectiva de que o verdadeiro poder estatal estava na lei e que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. A contribuição dessa teoria foi que separou o direito processual do direito material. Porém, jamais indagou acerca do acesso à justiça e da efetividade dos direitos, temas que se encontram no olho do furacão das teorizações sobre jurisdição na atualidade; f) Depois de Chiovenda, Carnelutti viu na jurisdição a função de compor de forma justa a lide e fez dessa a característica essencial para a presença da jurisdição, revelando a compreensão privatista que dela tinha no que o seguiu Calamandrei, adepto da teoria unitária do ordenamento jurídico que sustenta que a lei se individualiza por meio da sentença. Seria demasiado exigente descrever nos estreitos limites desta nota a compreensão contemporânea de jurisdição e que foi construída ao longo do Século XX. Assim, apenas refere-se que a jurisdição da contemporaneidade cabe além de atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais, dar também tutela ao direito material envolvido, por meio de procedimentos adequados. Veja-se por todos: Marinoni (2005, p.13-66). Análise crítica sobre a Teoria geral do processo e a jurisdição pode ser encontrada em: Saldanha (2007, p.389-427).

conduta entram em colapso, o que se quer é preservar algo para além da história e para além das instituições.

Nesse diapasão, o fenômeno da internacionalização do direito confronta os juízes nacionais com uma realidade inusitada, qual seja a constatação de que deixaram de ser as estrelas que brilhavam sozinhas na constelação das soluções dos litígios.[27] Não se pode ignorar a existência de um conjunto de instâncias jurisdicionais regionais e internacionais, que colocam em cheque a estatalidade das soluções dos conflitos.[28] Trata-se de um fenômeno relativamente recente que provoca a porosidade/permeabilidade do direito (DELMAS-MARTY , 2006, p.40), mas que acaba por atingir também as demais jurisdições, que não só as estatais. A complexidade emerge na razão direta da inexistência, em regra, de hierarquia entre essas jurisdições, exigindo, portanto, o desenvolvimento de um trabalho de coordenação entre elas, ante toda a falibilidade de qualquer pretensão ao isolamento.

Desse ponto de vista, será possível que se construa um tipo de jurisdição que, para além da concretização dos valores constitucionais e para além da guarda do direito material, tenha a solidariedade como fio condutor da sua racionalidade e do seu agir? Se a resposta for positiva, a condição de possibilidade para sua efetivação não estaria ligada a uma boa dose de ousadia dos juízes, que necessariamente teriam de alforriar-se dos limites impostos por seu direito nacional para, assim, voltarem-se ao diálogo com seus pares de outras paragens e terras, a fim de, nesse diálogo cooperativo, aprender uns com os outros?[29]

Allard; Garapon (2005, p.1630), ao referirem sobre o que denominam de "comércio de juízes", indicam as formas que esse pode tomar em diferentes

---

27 Ora, como se sabe tal "desterritorialização" faz parte de um fenômeno mais amplo que deriva da globalização. Como lembra Beck (1999, p.122) a arquitetura do pensamento, da ação e da vida dentro dos espaços e das identidades nacionais, desmantela-se frente à globalização econômica, política, ecológica, cultural e biográfica.

28 No plano internacional, por exemplo, funciona a Corte Internacional de Justiça em Haia. No plano supranacional atua o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Em âmbito regional a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Höffe (2005, p.428.) propõe uma República Mundial e, segundo ele, no campo da Justiça poderão existir duas esferas de jurisdição. Os Tribunais Internacionais que se destinariam a solucionar os litígios entre os Estados e a República Mundial e os Tribunais de Direito Cosmopolítico com competência para atuar nos casos em que os Estados tenham cometido ilícitos contra os direitos humanos.

29 Afinal, não é isso que tem ocorrido e que ocorreu quando os juízes europeus e hoje os da América passaram a dar concretização aos direitos humanos, ainda quando não positivados em suas cartas constitucionais? Não seriam as decisões dos juízes europeus uma "grande declaração sobre os homens"? Uma alusão primorosa a respeito pode ser vista em Sloterdijk (2002, p.76-77).

processos, seja quando se trata de questões ligadas à homossexualidade,[30] aos julgamentos de crimes contra a humanidade em tribunais penais internacionais,[31] às decisões do Tribunal Europeu sobre Direitos do Homem em processo de eutanásia,[32] ao financiamento das campanhas eleitorais,[33] ao mandado de detenção europeu[34] e, por fim, à arbitragem internacional.

Experiências jurisdicionais contemporâneas evidenciam que o credo na justiça fechada ao seu próprio ordenamento não passa de utopia, pois os sonhos, as ambições e as realizações cotidianas dos homens há muito se desatrelaram de espaços geopolíticos estatais. No campo da prática da jurisdição, tal situação se notabiliza pelo fato de que, em inúmeras situações, os juízes nacionais têm levado a sério, nas suas decisões, normas e decisões vindas de fora. Esse é um dos passos determinantes na caminhada do direito cosmopolítico. Vejamos quais são os demais.

---

30 Foi o caso que envolveu um indivíduo chamado Lawrence, encontrado tendo relações sexuais com outro homem, maior de idade e consentidor. Após ter sido condenado nas instâncias jurisdicionais do Texas, Lawrence obteve vitória na Suprema Corte Americana por esta ter reconhecido ser a Lei texana que condena a sodomia inconstitucional. A Suprema Corte foi buscar argumentos em decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para fundamentar sua decisão. Alard e Garapon, quanto a esse caso específico, dizem que a comunicação entre os juízes pode tomar diversas formas, ou seja, vertical, no caso de um tribunal supranacional, como o de Luxemburgo em relação às jurisdições nacionais dos Estados da União Européia, ou horizontal, quando se faz presente a coordenação, como se dá entre o primeiro tribunal e o segundo aqui citados, uma vez que não existe entre eles qualquer relação orgânica ou de hierarquia, no entanto citam-se reciprocamente. (ALLARD; GARAPON, 2005, p.16-20).

31 Lembre-se da atuação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* como para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, que desafiaram juízes internacionais de diferentes culturas, em razão dos métodos, práticas e teorizações de ambos os tribunais relativamente à própria formação nacional dos julgadores.

32 Com referência especial ao Processo Pretty, em que uma jovem pedia autorização para praticar eutanásia. Chegando a questão ao TEDH-Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, esse confirmou decisão inglesa anterior que no mesmo sentido havia sido proferida com base em um acórdão do Tribunal do Canadá. Os juízes ingleses e do TEDH tomaram a decisão canadense como um "manancial de ideias", buscando legitimidade em seu feito à base da fertilização recíproca, assim denominada por Delmas-Marty. (2006, p.23-24).

33 Caso em que os advogados é que buscaram endossar suas posições em processo em que eram discutidos os limites máximos para as despesas das campanhas eleitorais visando, desse modo, comparar soluções legislativas sobre a matéria em diversos Estados. (DELMAS-MARTY, 2006, p.25).

34 Que pôs em questão a construção de um espaço judicial comum, sendo esse um mecanismo estritamente judicial, quando os sistemas judiciais não entram em concorrência, mas sim numa avaliação recíproca permanente. É o que se almeja, de certo modo, implementar na Ibero-América com o Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional, por meio de instrumentos de cooperação interjurisdicional comuns como auxílio mútuo; carta rogatória; ação e incidente de impugnação da eficácia da decisão estrangeira; procedimento de execução de decisão estrangeira; procedimento de medida judicial de urgência e procedimento de extradição. (GRINOVER, 2007, p.98-112).

4 A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: COSME, "DISTANCIAMENTOS APROXIMATIVOS" E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO COSMOPOLÍTICO

Afastando de si o prato de *escargots,* o menino Cosme Chuvasco de Rondó afirma, intempestivamente, sua recusa em comê-los. O pai ordena-o, então, a sair da mesa de refeições. Contrariado, o menino sobe em uma árvore do jardim e, daquele momento em diante, nunca mais põe os pés no chão.

O enredo que tece o romance de Italo Calvino tem muito mais a oferecer ao leitor do que mero divertimento – pelas peripécias do "Barão Cosme", a equilibrar-se entre os galhos das árvores de Penúmbria, cidade onde vive, fielmente acompanhado de seu cão Ótimo Máximo - ou encantamento - por seu amor pela donzela Sofonisba Viola Violante de Rodamargem. *O barão nas árvores* é uma obra profundamente humana e reflexiva.

Ao dizer não aos valores viscosos (representados na narrativa de Calvino pelo escargot e pelo visgo), Cosme deixa claro seu perfil dinâmico e não conformador. Capaz de superar-se constantemente e de encarar a realidade de forma ativa e participante, ele aproveita o que a modernidade lhe oferece de melhor: lê os enciclopedistas, escreve tratados (como seu *Projeto de constituição de um Estado ideal fundado em cima das árvores*) e, principalmente, utiliza-se da força que a razão confere às coisas[35].

Apesar de a ação da narrativa transcorrer no século XVIII, a reflexão a que ela conduz é quase atemporal, não fosse o fato de que as recusas de Cosme, referidas acima, estão bastante atreladas ao contexto fático-temporal em que viveu. Por trás de seu isolamento – que não é propriamente um isolamento, pois "quanto mais decidido estava a ficar sozinho entre seus galhos, mais sentia necessidade de criar relações com o gênero humano" (CALVINO, 1991, p.221) - há o desejo constante de compreender melhor o mundo em que vive, de descobrir novas formas de ser útil ao meio do qual faz parte e de dar voz a uma concepção de mundo aperfeiçoada, em relação àquela que a sociedade tradicionalmente cultivava.

O cosmopolitismo, ao que parece, é o valor maior a informar a racionalidade de Cosme. Decidido a superar os limites comuns a seu tempo, acaba por enraizar-se num *cosmos* maior, ainda que não ao nível do mundo, já estendido à sua comunidade. Escapar do particularismo, sem renunciar à

35 Ao conversar com sua amada, Cosme explica a ela que "todas as coisas, com o uso da razão, aumentam seu poder". Desse modo, o amor também deveria funcionar com raciocínios, a fim de tornar-se ainda mais forte. Não se trata de impessoalizar os sentimentos, como pode parecer à primeira vista, mas de conferir-lhes razoabilidade, ao menos na leitura a que esse texto se propõe. (CALVINO, 1991, p.198).

pertença ao seu grupo originário: é assim que o barão semeia sua mensagem, legando ao pensar cosmopolita mais uma contribuição.

Aponta-se, com frequência, Diógenes de Laertes (413 a.C. – 323 a.C.), maior representante do cinismo – filosofia grega que combatia o prazer, o desejo e a luxúria por impedirem a auto-suficiência - como o precursor do cosmopolitismo. Ao ser indagado acerca de qual seria sua pátria, o filósofo respondeu – como Cosme responderia – que era um "cidadão do mundo (cosmos), e não de um estado ou cidade (polis) qualquer". Os representantes do estoicismo – doutrina filosófica originada na Grécia, e que afirma que toda a humanidade constitui uma única comunidade – elaboraram e lapidaram, sob a influência cínica, este tipo de pensamento.

Marco Aurélio, representante do período romano do estoicismo, em seu *Pensamentos,* reconhecia-se como "cidadão de um mundo governado pela razão", conforme lembra Pierre Jean-Labarrière. A razão, como condição de compatibilidade, por seu caráter supostamente universal, teria o condão de unir os homens numa comunidade de princípios, para além dos particularismos locais (LABARRIÈRE,, 2008). Ademais, o reconhecimento da universalidade da razão implicaria uma recusa da ideologia que tende a separar o mundo em "civilizados" e "bárbaros".

Seria redundante lembrar aqui o paradoxo inerente aos tempos modernos? Se, de um lado, a modernidade foi impulsionada pelo reconhecimento da universalidade da razão, por outro, sua crise resulta da "imposição de normas particulares como universais sem o devido consenso, em função de um mecanismo de falsificação que apresenta o particular como um simulacro de universal", no dizer de Silva (2007).

É, porém, no início dos tempos modernos que o ideal virtuoso dos estóicos conhece um renascimento significativo, embora o universalismo cristão de São Paulo e Santo Agostinho retome essa ideia num certo sentido - ao estabelecer a igualdade de todos, não como cidadãos do mundo, mas como "cidadãos do céu" - e o humanista holandês Erasmo de Roterdã (1469-1536) tenha proposto um "cosmopolitismo exclusivo". (HOFFE, 2005, p.395).

Diderot, Voltaire e David Hume, cada um à sua moda, retomaram, no século XVIII, as discussões acerca do tema. O desenvolvimento do direito internacional público e da crença predominante nos direitos naturais representaram fortes limitações cosmopolitas ao conceito de soberania, a partir do surgimento do Estado-nação moderno na Europa, que se seguiu ao Tratado de Westfália, de 1648.[36]

---

36 O Estado não poderia, para os iluministas cosmopolitas, "ser visto como uma entidade isolada e abstrata, divorciada de sua ligação *natural* com a sociedade universal de Estados e despojada de suas responsabilidades com o resto da humanidade". (HAYDEN, 2004, p.85).

Porém Kant, com *"Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita" (Idee zu einer Allgemeinen Geschicchte in Weltburgerlicher Absicht)* - espécie de manifesto, publicado na *Berlinische Monatsschrift* de novembro de 1784, (KANT, 2004) - foi quem "deu à luz científico-filosófica" o cosmopolitismo.[37]

O intento de Kant, neste texto é o de, por meio de nove "proposições", descobrir qual é o propósito da natureza, o qual os homens estariam fadados a seguir. Na quinta proposição, Kant reconhece que "o maior problema para a espécie humana, a cuja solução a natureza a obriga, é alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito". (HÖFFE, 2005, p.14). Em suma, a instituição do direito cosmopolítico. Este problema, segundo ele, será o último a ser resolvido pela espécie humana, uma vez que a vasta maioria dos homens tem necessidade de líderes (ou senhores), que os obriguem a obedecer à vontade universalmente válida.[38]

Já neste escrito kantiano, subjaz a ideia de que a pacificação resulta de constantes ajustes, esforços e superações. É como se o direito cosmopolítico estivesse, sempre, a exigir dos homens sucessivas renúncias. Além da renúncia a uma mentalidade estreita, conforme explicitado anteriormente, e à atuação em monólogos jurisdicionais, há ainda duas delas que merecem anotação. A primeira é a renúncia ao isolamento ou, antes, ao distanciamento.

O distanciamento não deve ser compreendido, aqui, sob a ótica da passividade. A renúncia exigida pelo direito cosmopolítico não se dirige tão somente aos que se distanciam de realidades alheias, por negar-lhes importância; mas antes, àquela razão dissimulada, que se distancia dos anseios da coletividade, aproximando-se unicamente de interesses individuais. Em síntese, deve-se renunciar a uma *aproximação distanciadora,* distanciadora porque não verdadeiramente aproximativa.

Novamente, recorre-se à metáfora de Calvino para esclarecer um ponto bastante significativo. À primeira vista, pode parecer estranha a escolha de Cosme – um homem que abdicou o contato com o solo – como representante de uma racionalidade cosmopolita. Afinal, não foi ele quem, voluntariamente, distanciou-se de seus pares?

---

37 Ainda que, como lembra Höffe (2005, p.393), as virtudes cosmopolíticas em sentido político tenham sido abordadas por Kant de forma incidental e genérica, mesmo em *À paz perpétua*, a qual será analisada a seguir.

38 A renúncia ao instinto e o uso da coerção seriam as ferramentas eficazes na construção de todas as sociedades. Segundo Freud (1997), os homens não se inclinam espontaneamente ao trabalho, e os argumentos nada valem contra suas paixões.

Sim. Realmente, o barão faz pensar que seu isolamento restringiu-lhe horizontes, conferindo-lhe uma razão "indolente"[39]. Mas este é um argumento que não resiste a uma análise detida, pois, como visto acima, o distanciamento aproximou-o ainda mais da essência humana, por lhe presentear com a diversidade.

O *distanciamento aproximativo* de Cosme é uma preparação para compreender que a segunda das renúncias exigidas pelo direito cosmopolítico é justamente à intolerância. Isto porque a tolerância abre as portas para o diferente, para o inusitado, para a pluralidade. Tolerar representa, para o pensar cosmopolita, a inclusão do outro, e a reinvenção do princípio da solidariedade.

José Manuel Aroso Linhares alerta, lembrando Habermas, para o fato de que as condições para que se (re)constitua o projeto da hospitalidade universal tem hoje "menos a ver com a hospitalidade de um 'direito de visita' do que com a tolerância garantida pelo discurso e pelas regras de procedimento que o sustentam." (HABERMAS, 2006, p. 157).

A ética da hospitalidade nem sequer tem de ser cultivada, pensa Derrida. "Na medida em que diz respeito ao *ethos*, à morada, [...] ao modo de se relacionar consigo e com os outros, *a ética é a hospitalidade.*" (DERRIDA, 2001, p. 43)[40]. Acredita o filósofo que a experiência das "cidades-refúgio" dá lugar de pensamento à experimentação de uma democracia e de um direito cosmopolítico por vir.

O fenômeno da globalização em sentido lato remete inevitavelmente à consideração de dois elementos simultaneamente contraditórios e complementares: de um lado os interesses da globalização econômica, de outro a universalização dos direitos do homem. As tensões (DELMAS-MARTY, 2008, p.12), entre os grandes valores: (a) da humanidade, não cessa de se mostrar, como entre humano-inumano, entre vida-morte, e (b) dos direitos liberdade/segurança; igualdade/diferença; direitos econômicos/direitos sociais. Como será possível compreender essas contradições? E como será possível superá-las ante tanta multiplicidade?

---

39 Essa expressão é de autoria de Santos (2004). O autor critica a razão indolente, aquela que contrai o presente, por adotar uma concepção de totalidade, e expande o futuro, tratando-o sem o devido cuidado. Segundo o autor, há um desperdício de experiência, que deve ser combatido, não com a proposta de um outro tipo de ciência social, mas de um modelo diferente de racionalidade: a razão cosmopolita.

40 Nesse sentido, Morin (2005, p.21) aproxima-se do pensamento de Derrida (2001), quando observa que "Todo olhar sobre a ética deve perceber que o ato moral é um ato individual de religação; religação com um outro, religação com uma comunidade, religação com uma sociedade e, no limite, religação com a espécie humana".

Devem formar-se *hiperjuízes*, *hiper-hermeneutas* da globalização e da internacionalização do direito para que esse, nesse plano, hierarquize seus valores (princípio da coerência) e sancione seu desrespeito (princípio da responsabilidade)? (DELMAS-MARTY, 2008).

Estaria a jurisdição brasileira praticando aquela mentalidade alargada e promovendo a fertilização recíproca, sendo então permeável à busca da universalização do bem em matéria de direitos humanos?

Há muita timidez! Mas algum sinal já pode ser avisado, seja nas decisões das instâncias inferiores de jurisdição, nas demandas protetivas do meio ambiente, da saúde, da educação, entre outros. Mas o comportamento do STF tem sido, para os autores, o termômetro utilizado para medir tal fenômeno.

E o trabalho de "fertilização recíproca" e o exercício da "mentalidade alargada" podem ser constatados na prática jurisdicional do STF, e tal fenômeno, ao que parece, tende a intensificar-se, especialmente em matéria de efetivação dos direitos humanos. Tomem-se os votos proferidos no bojo do julgamento da ADI 3.510 que tratou da discussão acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança na parte em que permite o uso de embriões congelados para fins terapêuticos, então matéria que envolve saúde pública.[41]

Em primeiro lugar, aquele que se dispuser a efetuar a sistematização de tais votos perceberá, muito facilmente, que os Ministros utilizaram-se de inúmeros posicionamentos doutrinários, filosóficos e até mesmo artísticos até a breve menção a filósofos contemporâneos, como Zygmunt Bauman, Ulrich Beck[42] e Jurgen Habermas[43]. Parece que a boa doutrina doutrinou!

Num segundo momento, há que se reconhecer que, comprometidos com a intenção de dar uma resposta satisfatória às questões postas na causa, muitos Ministros buscaram informações relativas não só ao âmbito recente do biodireito, mas afinadas também aos avanços mais amplos das ciências médico-biológicas.

Assim, além dos depoimentos dos profissionais presentes na audiência pública[44], uma grande revolução metodológica na prestação da jurisdição do STF, louvada pelo Prof. Canotilho, foram mencionadas obras específicas sobre o

---

41 Tais votos podem ser encontrados no sítio eletrônico do Tribunal, no link "notícias", sob o argumento de pesquisa "células-tronco". Disponível em http://www.stf.gov.br/. Ademais, no sítio eletrônico da "TV JUSTIÇA", http://www.tvjustica.gov.br/, no link "CENTRAL DE DOWNLOAD", podem ser encontrados vídeos com a íntegra das sessões do referido julgamento.

42 A concepção de *"risk society"* trabalhada pelos filósofos foi invocada pelo Min. Ricardo Lewandowski na página 23 de seu voto. Veja-se, para um aprofundamento de tal concepção, Beck (1992).

43 Citado pela Min. Cármen Lúcia, na página 37 de seu voto.

44 Tais depoimentos foram referidos em quatro dos votos analisados.

tema[45], além de depoimentos e artigos coletados de jornais e revistas semanais brasileiras[46]. Instrumentos procuratórios que a sociedade deu a si mesma para viabilizar a construção conjunta da decisão.

Acredita-se que tais menções sinalizam uma crescente permeabilidade das fronteiras jurídicas à produção de conhecimento oriunda de outros campos, contribuindo para (re)aproximar o direito de outros saberes. A permeabilidade se faz notar, em terceiro, quando se constata a presença, em muitos votos, de marcos normativos e jurisprudências externas.

O caráter inovador da discussão-núcleo da ADI 3.510 talvez tenha contribuído para que tal se desse. De qualquer modo, muitas Declarações de Direitos Humanos foram invocadas (entre elas, a Convenção Americana de Direitos Humanos – ou "Pacto de San José da Costa Rica" - e a Declaração Universal dos Direitos Humanos)[47], além de dispositivos normativos específicos de outros países, como do Reino Unido[48], da Alemanha[49], da Espanha[50], do México[51] e da França[52].

Essa abertura do STF às influências externas talvez possa ser sintetizada em uma manifestação do Min. Carlos Ayres Britto, constante na página 64 de seu voto. Diz ele: "[...] o juiz não deve ser uma traça ou ácaro do

---

45 Veja-se, entre outras, a referência à Holland; Lebacqz; Zoloth (2006, p.3) do voto do Min. Ricardo Lewandowski.

46 A imprensa brasileira debateu longamente sobre o tema levado a julgamento. Chegou-se a cogitar que o STF, no âmbito do julgamento, acabaria por definir o momento exato em que a vida tem início. Tal feito não foi constatado, porém. O voto da Min. Cármen Lúcia (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.6) foi um dos que rechaçou a imprescindibilidade de o STF estabelecer tal entendimento para que pudesse manifestar-se a respeito da constitucionalidade dos dispositivos normativos questionados.

47 Min. Cármen Lúcia (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.18) e Min. Ricardo Lewandowski (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.20).

48 Votos da Min. Ellen Gracie (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.4), do Min. Ricardo Lewandowski HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.54) e do Min. Marco Aurélio (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.14).

49 Votos dos Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.15-16), do Min. Ricardo Lewandowski (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.37-39) – e do Min. Marco Aurélio (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.13).

50 Votos dos Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.23), do Min. Ricardo Lewandowski (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.38-39) e do Min. Marco Aurélio (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.14).

51 Voto do Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.25) e do Min. Marco Aurélio (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.14).

52 Voto do Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.21-22), do Min. Ricardo Lewandowski (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.37) e do Min. Marco Aurélio (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.14).

processo, mas um ser do mundo [...]". Ao que tudo indica, tal declaração não é despropositada.

No contexto atual de reordenações (mais funcionais que estruturais, como dito antes) constantes, recusar-se ao diálogo é emaranhar-se num círculo vicioso de auto-referência. A decisão do STF oferece expectativas quanto ao incremento da referida "fertilização recíproca". Entre os Tribunais citados, a Suprema Corte norte-americana[53], o Tribunal Constitucional Alemão[54] e Tribunais da Espanha[55], bem como sua Corte Constitucional[56].

O direito, que há muito tempo apropriou-se da palavra normativa, a fim de controlar e regular, parece agora propor-se a partilhar com os homens o espetáculo do diálogo e da solidariedade, a fim de consolidar o paradigma democrático-cosmopolítico. Afinal, se estamos condenados à interpretação hermenêutica, devemos saber que a palavra não reflete a natureza das coisas: cabe ao intérprete desvelá-la.

Assim, mais do que uma falta de direito, é talvez de uma mutação que se trate. Quanto à teoria das fontes, quanto à teoria das regras e (por isso) quanto à teoria da interpretação. E também uma mutação da concepção de ordem jurídica para reconhecer que a humanidade ocidental passou a perseguir um "patrimônio comum" com vistas às gerações futuras. Desse modo, o direito mundial prolifera. E o maior exemplo disso é o variado conjunto de convenções da ONU sobre os Direitos Humanos.

E tal fórmula visa formar o que alguns autores denominam de "bens públicos mundiais" (DELMAS-MARTY, 2008). Tais "bens" representam valores globais em formação e que estão em planos diferentes como as capacidade humanas – saúde, educação, informação – e recursos naturais – água, clima, energia -, então direitos humanos de distintas gerações. Aqui, já se anuncia a necessidade de observar-se uma solidariedade transnacional e transtemporal, sem jamais desconsiderar a diversidade de culturas, como condição de possibilidade da própria vida no planeta (DELMAS-MARTY, 2008). Mas, por um momento, voltemos a Kant.

Em *À paz perpétua*, obra escrita em 1795, apresenta o que chama de artigos preliminares à paz perpétua entre Estados. A segunda seção trata dos três artigos definitivos, sendo seguida por dois suplementos. Aliando-se aos pensadores que vislumbram o "estado de natureza" como um estado de

53 Voto do Min. Marco Aurélio (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.6), e do Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.2).

54 Voto do Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p. 2, 13, 15).

55 Voto do Min. Gilmar Mendes (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.24)

56 Voto do Min. Ricardo Lewandowski (HOLLAND; LEBACQZ; ZOLOTH, 2006, p.35).

guerra, Kant acredita que a paz deva ser assegurada por estruturas jurídicas institucionais. Confere essa abordagem relevância ao direito público.

Declarando que a Constituição civil em cada Estado deva ser republicana e que um federalismo de Estados livres deve fundar o direito das gentes, Kant prepara o terreno para o acréscimo de uma terceira dimensão à teoria do direito: "ao direito público e ao direito internacional vem somar-se o direito cosmopolita" (HABERMAS, 2002, p.185).

Isto porque no terceiro, dos três artigos definitivos, Kant constata que o direito cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal. Sendo coletivamente proprietários do planeta, compete a cada um e a todos, desde que aja pacificamente, o "direito de visita".

À hospitalidade universal, atribui dois limites relevantes. Esses limites geram inúmeras questões, que Derrida julga difíceis de esconder e de dominar, segundo suas palavras. (HABERMAS, 2002, p.57).

O primeiro deles é a exclusão da hospitalidade como direito de residência, o qual deveria ser objeto de um tratado particular entre Estados, por não se tratar a hospitalidade de filantropia, mas de direito.

O segundo é representado pela significação da hospitalidade como *publicidade* do espaço público. Definindo-a rigorosamente como direito, Kant adstringiu a hospitalidade às condições da soberania estatal, como no caso do direito de residência.

Há que se considerar, por óbvio, que o mundo de hoje difere em larga medida do mundo de Kant. Em vista do fenômeno da internacionalização do Direito, a pedra de toque dos comparatistas da contemporaneidade é pensar na possibilidade de instituição de um direito mundial, composto por aqueles bens públicos mundiais de que já se falou.

E diante do que Mireille Delmas-Marty denomina de desordem normativa, seria razoável tal direito mundial? Seria razoável diante da necessidade de ordenar o múltiplo? A autora pergunta se não haveria aqui uma ilusão mundial: essa não seria mais uma utopia difícil de realizar? Afinal, o preâmbulo do Tratado de Lisboa (EUROPA, 2008) – marco normativo que pode sofrer toda a crítica – refere "valores universais" e o seu artigo 1º sinaliza que o pluralismo deve embasar-se na tolerância, posta em cheque com a "Diretiva do retorno"[57] ou, mais propriamente, da vergonha!

Sim, a ideia de um direito mundial ou de criação da noção de bens públicos mundiais causa espanto! A quem assusta? A nós, os defensores das Constituições, das culturas nacionais e da soberania do Estado, contra todo e qualquer tipo de imperialismo, tanto interno quanto externo.

57 Sobre o tema, veja-se Proner (2008).

Mas quando foi retomado o movimento em favor do ideal universalista?No início do século XX por conta da atuação dos comparatistas. Era preciso, assim, compreender no que linguagens jurídicas distintas aproximavam-se e distanciavam-se. Uma comunidade involuntária, inicialmente surgida, acaba cedendo passo à voluntariedade da integração, ditada por aquilo que hoje se denomina "destino comum".

Assim, ao que se vê, qualquer pretensão à totalidade que o fenômeno da internacionalização do Direito leva a suscitar, corre o risco de ser hegemônica, ou seja, de tornar-se o que Kant denominava de "monarquia universal".

Daí a necessidade de pensar-se na possibilidade de construção de um direito pluralista – sempre sujeito a ajustes – em que a filosofia hermenêutica apareça como fundamento do diálogo intercultural.

É particularmente no âmbito dos direitos do homem e da economia que é preciso evitar a hegemonia, a fim de que um não sobrepuje o outro, como hoje acontece com a última. É na consideração da coexistência de ambos que se deve pensar em um direito comum realmente pluralista.

Se é verdade que a nova realidade do mundo pede estratégias diferentes para atingir a paz perpétua, essa superação exige o acréscimo do sentimento, como legitimador dos projetos humanos.

Sentimento que leva a acolher o outro como igual, pois portador de uma essência comum. Que se furta à comodidade, uma vez que o conformismo não coaduna com o bem comum. Que leva a reconhecer as deficiências internas, buscando a colaboração externa como horizonte de possibilidade de progresso.

Esta é uma tarefa que exige a superação de barreiras, num duplo sentido. Primeiro, é preciso superar a barreira da racionalidade (racional-positivista). Aquela que inscreve na mentalidade do jurista a concepção de um direito hierarquizado, que em cujo topo instala-se o legislador nacional soberano, semideus da modernidade.

Num segundo momento, é preciso superar a barreira da sensação (de culpa). Aquela que fomenta, no jurista, a ideia de que a soberania se abala quando se fazem concessões a valores externos, não tendo o direito internacional outra função que não a de resolver conflitos pontuais. Seria a partilha verdadeira heresia, a fomentar a instabilidade e a desordem internas.

Delineia-se, a partir daqui, um novo modelo de jurista e de jurisdição. Por tê-las superado, ele é sujeito de uma aproximação sem barreiras, capaz de recepcionar e exportar racionalidades, princípios e valores. Não intolerante, não egoísta, sem medo das incertezas: este é o jurista cosmopolita.

O cosmopolitismo, ao contrário do que dizem muitos, não é uma filosofia a pregar a homogeneidade. A variedade humana é, para o direito

cosmopolítico, fonte inesgotável de conhecimento e fruição. Na verdade, como lembra Kwame Anthony Appiah, "em um mundo mais respeitador da dignidade humana e da autonomia pessoal, tal movimento em direção à homogeneidade provavelmente iria desacelerar-se." (APPIAH, 1999, p.242).

É invocada mais uma vez, aqui, a figura do barão Cosme de Rondó. Com um gosto inigualável pela diversidade, o personagem demonstra que a imaginação, a renúncia e a superação das mazelas humanas são valores caros ao "esforço" cosmopolita.

Com Cosme, aprende-se a valorizar perspectivas diversas, a transpor racionalidades egoístas, a enfrentar as incertezas e dialogar com o desconhecido. Para além de Cosme, deve-se reconhecer a necessidade de manter os pés no chão, de adotar novos pontos de vista, sem olvidar que os anseios por justiça e por dignidade requerem batalhas constantes, travadas lado a lado, com aliados ora próximos, ora distantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma preliminar, este texto buscou demonstrar que o fenômeno da transnacionalização do direito tem sido fomentado por um alargamento da concepção de justiça. Se a modernidade limitou-se a encarar o direito sob o prisma hierárquico, as condições hodiernas impelem os juristas, em especial os juízes, a extrapolar esta perspectiva.

Na pauta dos temas a exigir do direito decisões urgentes, proliferam questões difíceis e complexas. Difíceis, porque os juízes – engenheiros da mundialização –, no mais das vezes, não encontram nas palavras (cada vez mais evasivas) dos legisladores nacionais, os elementos suficientes para solucionar o quebra-cabeça. Complexas porque, ainda que encontrem tais elementos, a solução justa, nesses casos, requer a cooperação e a harmonia com seus pares, além de envolver interesses de outros Estados-nacionais.

É que, se de um lado os riscos das mais variadas expressões como o terrorismo, lavagem de dinheiro, movimentos migratórios, voluntários e forçados, guerras, clonagem humana, crimes virtuais, crise climática, crise energética, doenças epidêmicas, a desmaterialização com a arquitetura da chamada "informática das nuvens", a pobreza e exclusão, tornam-se planetários e são temas – e problemas - contemporâneos que estendem seus tentáculos para além das velhas fronteiras nacionais; por outro lado, pensar em tornar "planetários" determinados valores a partir de uma pauta comum e da prática da hospitalidade poderia constituir-se no contraponto à globalização dos riscos e num caminho para a chamada internacionalização do bem.

Frente a esse panorama, Têmis retoma sua face humana, aliando ao seu poder à necessária "mentalidade alargada" de que necessita, para dialogar solidariamente com os homens. Dando latitude à sua compreensão, é capaz de reconhecer, em Marco Pólo e no Barão Cosme de Rondó, metáforas ajustáveis aos tempos em que vive.

Com Marco Pólo, e reconciliados com Têmis, os juízes compartilham o apetite pela descoberta. Se Marco Pólo encontrou na viagem o êxtase de seu viver, os juízes avistam, nos "comércios judiciais", mais uma fonte a inspirar-lhes parâmetros persuasivos, e a fortalecer-lhes a convicção de que suas decisões aliam-se aos princípios de justiça.

Em meio às complexidades e incertezas, o direito nacional tende a abrir-se às influências transnacionais, em especial no que atine aos direitos humanos. Vê-se, notadamente, uma internacionalização do direito constitucional. A recíproca é verdadeira: os elementos construtivos das Constituições nacionais tendem a fornecer condições de possibilidade a acordos supranacionais, produzindo os contornos de uma constitucionalização do direito internacional.

Ainda que esse processo se revele tímido, muitos elementos dessa paisagem sugerem a emergência de um direito mais tolerante, comprometido com a consolidação das garantias asseguradas pelos direitos humanos e menos receoso no que atine às incertezas. É a emergência do direito cosmopolítico. Cosme, o barão que viveu sua vida nas árvores, estimula Têmis a adotar novas perspectivas e renunciar ao distanciamento.

A efetivação do direito cosmopolítico não nega o consenso, mas elogia a diversidade. Reduzir a complexidade não é seu intento, mas descobrir formas eficazes de lidar com ela é uma de suas metas principais. Há muito que se caminhar em direção ao progresso qualitativo, no âmbito do direito, para preservar as conquistas da humanidade. O primeiro passo é garantir que não feneçam, batalhando contra o enclausuramento da justiça.

REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização:** a nova revolução do direito. Lisboa: Piaget, 2005.

APPIAH, Kwame Anthony. Cultura, comunidade e cidadania. In: HELLER, Agnes et al. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** São Paulo: Perspectiva, 2001.

AROSO LINHARES, José Manuel. Jus Cosmopoliticum e Civilização de direito: as "alternativas" da tolerância procedimental e da hospitalidade ética. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra,** Coimbra, v.82, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Pás e Terra, 1999.

BROSSE, Jacques. As fantásticas (e verdadeiras) aventuras de Marco. **História Viva,** São Paulo, n.29, mar. 2006 Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/as_fantasticas__e_verdadeiras__aventuras_de_marco_polo.html>. Acesso em: 23 jul. 2008.

CALVINO, Ítalo. **As cidades invisíveis.** São Paulo: Companhia das letras, 1992.

_____. **O barão nas árvores.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade:** Itinerários dos discursos sobre a historicidade contitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

COMISSIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunicado de prensa, nº1/08,** 2008. Disponível em: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2008/1.08sp.htm>. Acesso em: 12 jun. 2008.

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

COUTO, Mia. **Um rio chamado tempo, uma casa chamada terra.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. La mondialisation du droit. Vers une communauté de valeurs? **Individualisme et dynamiques collectives,** 24 jan. 2008. Disponível em: <http://www.millenaire3.com/uploads/tx_ressm3/TU_Delmas_Marty240108.pdf.> Acesso em: 20 ago. 2008.

_____. **Les forces imaginatives du droit (I):** Le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004.

_____. **Les forces imaginatives du droit (II):**le pluralisme ordonné. Paris: Senil, 2006.

_____. **Les forces imaginatives du droit (III):** la refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007.

_____. **Le pluralisme ordonné.** Paris: Semil, 2006.

_____. **Três desafios para um direito mundial.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países, mais um esforço!** Tradução de Fernanda Bernardo. Coimbra: MinervaCoimbra, 2001.

EUROPA. **Tratado de Lisboa:** a Europa rumo ao século XXI. Disponível em: <http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm. Acesso em: 12 ago. 2008.

FRANKENBERG, Gunther. **A gramática da Constituição e do Direito.** Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão**.Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GADAMER, Hans-georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Porto Alegre: Vozes, 1999.

GENRO, Tarso. A "Paz perpétua" no mundo atual. In: ROHDEN, Valério (Coord.). **Kant e a instituição da paz.** Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini, et al. Projeto de Código modelo de cooperação interjurisdicional para a Ibero-America. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano 2, n. 4. p.98-112, out. 2007.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. **Pluralismo y Constituición:** estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

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

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

HAYDEN, Patrick. Kant, Held e os imperativos da política cosmopolita. Tradução de Nuno Coimbra Mesquita. **Revista IMPULSO,** Piracicaba, v.15, n.38, set.-dez. 2004.

HEIDEGGER, Martin. Tempo e ser. In: _____. **Conferências e Escritos Filosóficos.** São Paulo: Nova Cultural, 1989.

HESPANHA, Antonio. **Justiça e litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

HÖFFE, Otfried. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A democracia no mundo de hoje.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie (Coords.). **As células-tronco embrionárias humanas em debate.** São Paulo: Loyola, 2006

JUSTIÇA GLOBAL BRASIL. Disponível em: <http://www.global.org.br/>. Acesso em: 28 jul. 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LABARRIÈRE, Pierre-Jean. **Cosmopolitismo.** Disponível em: <http://www.mondialisations.org/php/public/art.php?id=1853&lan=PO>. Acesso em: 25 jun. 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção.** Barueri: Manole, 2007a.

_____. **A felicidade paradoxal:** ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007b.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____. (Org.). **Estudos de direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MORIN, Edgar. **O método 6:** ética. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NEVES, Alfredo Castanheira. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **O direito hoje e em que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Piaget, 2002.

NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Manuel Moura et. al. **Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço.** Coimbra: Almedina, 2002. v.2.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ONG JUSTIÇA GLOBAL. Disponível em: <http://www.global.org.br/>. Acesso em: 12 jan. 2008.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação:** a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos humanos, Globalização Econômica e Integração Regional:** desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRONER, Carol. Europa: crime de imigração, exceto para os qualificados. **Agência Carta Maior.** Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/analiseMostrar.cfm?coluna_id=3983.> Acesso em: 28 set. 2008.

REVAULT D'ALLONES, Myriam. **Hannah Arendt e a questão do mal político.** Disponível em: <http://iscte.pt/~apad/justica01/conferencia/Arendt%20pt.rtf>. Acesso em: 14 maio 2008.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). **Teoria do Processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007. p.389-427.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) **Conhecimento prudente para uma vida decente.** São Paulo: Cortez, 2004.

_____. (Org.) **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.427-462.

SCHULER, Donaldo. **Heráclito e seu (dis)curso.** Porto Alegre: L&PM, 2001.
SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica e interdisciplinariedade no direito:** um diálogo entre o Brasil e os Estados Unidos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.
SILVA, Juremir Machado da. Depois da modernidade. **Aplauso,** Porto Alegre, ano 10, n.85, 2007.
SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order.** Princenton: Princenton University Press, 2004.
SLOTERDIJK, Peter. **Se a Europa despertar.** São Paulo: Estação Liberdade, 2002.
STEINER, Georg. **A ideia de Europa.** Lisboa: Gradiva, 2004.
STRECK, Lenio. **Verdade e consenso.** 2.ed. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2007.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 29 mar. 2008.
VENTURA, Deisy. **Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede:** um esboço de conjugação entre estatilismo e cosmopolitismo. No prelo, 2008.

OS TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O § 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Carlos Thompson Costa Fernandes[1]

Sumário: 1 Nota introdutória; 2 Abordagem inaugural do sistema constitucional brasileiro relativamente aos tratados e convenções de direitos humanos; 3 Defesa da natureza supraconstitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos; 4 Caráter constitucional das normas veiculadoras de tratados e convenções relacionadas aos direitos humanos; 5 Opinião que confere hierarquia supralegal aos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos; 6 Dimensão normativa dos tratados de direitos humanos equivalente a das emendas à Constituição, desde que a sua aprovação ocorra nos termos do § 3º do artigo 5º da CF; 7 Aplicação prática do § 3° do artigo 5° da CF; 8 Conclusão; 9 Referências.

1 NOTA INTRODUTÓRIA

Foi com muita satisfação que recebi o convite para participar do I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional – O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista, formatado pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte –FARN, com o objetivo de homenagear o jurista e constitucionalista admirado por todos nós, o Professor Paulo Bonavides. Sem dúvida, prestigiar o seu legado é fazer Justiça!

A obra do professor, que se espraia nos fundamentos da Ciência Política e do Direito Constitucional, é, sem qualquer favor, leitura obrigatória, e deve ser incentivada desde o primeiro contato com os bancos das universidades. Quem o lê, logo constata que o seu trabalho, notadamente o Curso de Direito Constitucional, consagrado em mais de 23 (vinte e três) edições, traz temas e discussões com profundidade somente nele albergada. Fica, pois, o registro do respeito, admiração e gratidão a esse nordestino que tanto nos dignifica.

Superada essa breve consideração, há de se dizer que o tema escolhido para este artigo tem a mesma identidade do apresentado no referido Conclave, qual seja, os tratados e convenções de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição da República.

---

1 Professor de Direito Constitucional da FARN. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

O objetivo central é saber qual a hierarquia atual desses tratados de direitos humanos, levando em consideração, inclusive, a possibilidade de sua aprovação, no direito interno, com força normativa equivalente às emendas à Constituição. Dessa forma, serão abordadas todas as correntes subsistentes que discutem seu grau hierárquico, além de responder a eventuais e complexas indagações que naturalmente emergem quando da aplicação do disposto no § 3°, do referido artigo 5°, da Constituição da República.

2 ABORDAGEM INAUGURAL DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO RELATIVAMENTE AOS TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Com a promulgação da Constituição de 1988, o debate em torno do status normativo dos tratados e convenções sobre direitos humanos devidamente ratificados pelo Brasil nunca arrefeceu. Talvez o seu principal propulsor tenha sido o fato de a Constituição Federal não haver estabelecido, de forma transparente, qual a sua força normativa. A tentativa de regulação veio com a Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual introduziu novo parágrafo ao artigo 5° (§ 3°). Diga-se tentativa, porquanto, longe de solver o debate, atiçou-o ainda mais, como se verá adiante.

Há consenso na doutrina ao afirmar que, após o fim da trágica Segunda Guerra Mundial, criou-se um espaço de convergência patrocinado por significativos países, dos mais variados matizes, sobretudo os de índole democrática, o que deu vazão a um crescente movimento de internacionalização dos direitos humanos, apresentados hodiernamente como valor universal.

A refrega pela consistência material de um mínimo de direitos relacionados ao homem deixa de ser encarada como uma problemática doméstica, deste ou daquele país. Transpassa essa fronteira, para se tornar de domínio de toda a comunidade internacional. Eis um fator determinante, sim, para a decantada flexibilização do conceito clássico de soberania e o consequente engendramento do que Peter Häberle[2] cognominou "Estado Constitucional Cooperativo".

É certo que o Brasil não ficou alheio à situação global. A redemocratização do país é o traço marcante de seu progresso – ainda que isso, por si só, não seja suficiente.

No plano essencialmente normativo, a Constituição de 1988 também não restou à margem dessa marcha ocidental. Aliás, pode-se dizer, sob determinada ótica, que foi pródiga no trato da matéria. Cumpre citar alguns exemplos.

---

2 *El estado constitucional*, *Apud* Christine Oliveira Peter da Silva, *Estado constitucional cooperativo*.

Já no Título I da Constituição de 1988 adota-se como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (artigo 1°, III), expressão que, embora contenha semântica menos ampla do que a dicção dos direitos humanos, com esta se aproxima, interage, integra o todo.

O artigo 4°, em seu inciso II, também acentua que o Brasil se vincula ao fundamento principiológico do respeito e prevalência dos direitos humanos em suas tratativas com os demais países e organismos internacionais.

Não é por outra razão que também se alçaram os direitos da pessoa humana a princípio sensível, capaz inclusive de, havendo lei, ato normativo ou situação concreta violadora de suas diretrizes, ensejar a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal por intermédio de Ação Direta Interventiva, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, mencione-se o novel instituto do deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Federal que, a par de discussões sobre a sua constitucionalidade, estatui, sobrevindo grave violação a normas de direitos humanos capituladas em tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, a possibilidade de o Procurador-Geral da República levantar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o referido incidente de deslocamento, ainda que os fatos articulados componham inquérito policial ou ação penal já em trâmite.

Ao lado disso, decisões fundadas em razões de interesses políticos, sociais, jurídicos e econômicos do Governo brasileiro, manifestadas em tratados e convenções internacionais, também materializaram, sob o plano legislativo, esse caminho sem volta de valorização dos direitos humanos.

À guisa de ilustração, consigne-se, louvando-se da sistematização de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli[3], que o Brasil atualmente é signatário dos mais importantes tratados de Direitos Humanos existentes na comunidade internacional (ONU – Organização das Nações Unidas e OEA – Organizações dos Estados Americanos), tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

3 O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, p. 2/3.

No concernente ao sistema interamericano de Direitos Humanos, o Brasil também já é parte de quase todos os tratados existentes, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985).

Retomando o que dito dantes, toda essa discussão com relação à hierarquia dos tratados e convenções de direitos humanos ganhou novo colorido com o advento do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que *"Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"*.

A doutrina, desde então, não perdeu tempo no debate acerca do alcance desse preceito. O Supremo Tribunal Federal também não se fez de rogado. Vem enfrentando o tema numa discussão que surgiu em face da equiparação legal do devedor fiduciante ao depositário infiel, para fins de viabilizar a prisão por dívida.

Nessa conjuntura, vem a propósito discorrer sobre as quatro correntes atualmente existentes sobre o status normativo dos tratados e convenções de direitos humanos no Direito brasileiro, dado que, pelo menos no que se refere aos tratados e convenções que não versam sobre esse temário, a literatura especializada é unânime em dizer que têm tais atos hierarquia idêntica a das leis ordinárias.

3 DEFESA DA NATUREZA SUPRACONSTITUCIONAL DOS TRATADOS E CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS

Como primeira posição referente à normatividade usufruída pelos tratados internacionais, atinentes aos direitos humanos incorporados ao Direito brasileiro, tem-se a que abriga o entendimento de que as normas neles veiculadas ingressam no sistema jurídico pátrio com superioridade normativa, inclusive àquelas estabelecidas na Constituição Federal. Sobrevindo relação de conflituosidade ou diálogo entre ambas, haveriam de prevalecer, sempre, as inerentes aos tratados ou convenções de direitos humanos. Encabeçavam esse pensar, dentre outros, os insignes internacionalistas Celso D. de Albuquerque Mello e Hildebrando Accioly.

Na doutrina estrangeira, também é partidário desse entendimento o argentino Agustín Gordillo[4], para quem "a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluímos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou mesmo direito".

Entretanto, mencione-se que essa posição jamais formou maioria na doutrina brasileira, nem tampouco foi contemplada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conforme se pode dessumir das decisões prolatadas nas Apelações Civis nºs 7.872/RS e 9.587/DF, respectivamente, nas décadas de 40 e 50, a Colenda Corte defendia a posição de prevalência das normas presentes em tratados internacionais em face da legislação interna, mas sempre em sujeição à Constituição brasileira.

Nos dias atuais, esse posicionamento não consegue superar as dificuldades, inclusive de ordem objetiva, que impedem a sua recepção.

De plano, o caráter supraconstitucional de tais tratados bate de frente com o princípio da supremacia da Constituição, na medida em que admite que atos internacionais prevaleçam ante uma possível colisão com o Texto Maior.

---

4 *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, p. 53 e 55, *Apud* Flávia Piovesan, Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do stf. Disponível em:www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/artigos/00000034-01_flaviapioveasn.pdf. Flávia Piovesan, no mesmo artigo, também menciona opinião no mesmo rumo de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: "No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que 'os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional', o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão 'não excluem' não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá".

Em verdade, como consabido, a marcha aqui é inversa. É a Constituição a lei superior. É ela quem regula tudo e todos.

Contudo, o obstáculo objetivo à adoção desse ponto de vista, acima sinalizado, reside no fato de que a própria Constituição Federal, em seu artigo 102, III, "b", admite a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, quando houver decisão negando aplicação de normas de tratado firmado pelo Brasil por vício de inconstitucionalidade, seja, também, por qualquer outro juiz ou Tribunal.

Tecnicamente, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de tratado internacional, tanto no controle difuso de constitucionalidade quanto no concentrado, este também admitido pelo Supremo Tribunal Federal[5], não declara a inconstitucionalidade das normas dos tratados, propriamente. A decisão reconhece como inconstitucional, e retira do mundo jurídico, se for o caso, a norma interna que os incorporou ao Direito brasileiro[6].

Eles, os tratados, continuam, por sua vez, a serem válidos internacionalmente; porquanto, para que o Estado aderente deles fique desobrigado, há de manusear a denúncia, instituto típico de direito internacional.

---

5 "No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência para, quer **em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso**, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência" (STF, Pleno, ADI 1480—MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello);(grifos acrescidos).

6 Colha-se, a respeito disso, a valiosa argumentação de Clemerson Merlin Clève, citando, inclusive, o Ministro Gilmar Mendes: "Parece evidente que constituindo o tratado ato bilateral ou multilateral de direito internacional a declaração de inconstitucionalidade não implicará a sua nulidade. Afinal, não pode decisão judicial interna atingir atos integrantes de outro sistema normativo, seja ele internacional ou interno estrangeiro. Assim, a declaração de inconstitucionalidade "parece atingir, tão-somente, as normas nacionais de aprovação, ratificação e promulgação. No que concerne ao complexo normativo estabelecido no tratado ou convenção, há de se admitir que o juízo de inconstitucionalidade resolve-se na desaplicação, não se afigurando possível a decretação da nulidade, na espécie"" (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro,* p. 209/210).

Dessa assertiva deflui uma outra: o Estado que deixa de aplicar internamente normas de um tratado por ele subscrito não fica imune a sanções de perfil internacional.

Desse modo, chega-se à ilação de que as razões acima alinhavadas apresentam-se suficientes para afastar a tese de supraconstitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos celebrados pela República Federativa brasileira.

4 CARÁTER CONSTITUCIONAL DAS NORMAS VEICULADORAS DE TRATADOS E CONVENÇÕES RELACIONADOS AOS DIREITOS HUMANOS

Eis, não há recusar, a mais prestigiada doutrina a respeito desse tema. Sustentam-na, dentre vários outros doutrinadores de escol, Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet e Valério Mazzuoli.

A base dessa linha exegética reside no quanto disposto no artigo 5°, § 2° da Constituição Federal: *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.

Em virtude desse dispositivo, que personifica, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet[7], o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais capitulados no texto constitucional, apresentando-se como norma geral inclusiva, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil passariam a ter hierarquia de norma constitucional, de norma materialmente constitucional, não necessitando, em razão do disposto no § 1º do mesmo artigo – *"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"* –, de qualquer intervenção legislativa para serem aplicados diretamente na ordem jurídica interna.

Sucedendo relação de contrariedade entre esses tratados e a Constituição, o desacordo se resolveria pela aplicação da norma mais favorável à vítima. Essa paridade normativa de tratados de estirpe humanitária com a Constituição vem ganhando corpo no cenário jurídico comparado. Isso é fato.

As Constituições da Argentina e da Venezuela conferem semelhante dimensão normativa aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Naquela, o texto (artigo 75, nº 22, da Constituição de 1853, com a reforma de 1994) aponta expressamente quais tratados têm essa compleição. Já a Constituição da Venezuela (de 2000, artigo 23), além de atribuir esse valor, prescreve que terão

---

7 Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 804, 814 e 815.

aplicabilidade imediata e, acaso conflitem com a Constituição e com as leis, devem prevalecer se suas normas forem mais favoráveis ao indivíduo.

Por outro lado, percebe-se que os defensores dessa posição não desanimaram com o advento do § 3° do artigo 5° do texto constitucional, ou com a interpretação que dele se pode subtrair, no sentido de que não seria possível considerar, sem o cumprimento do iter procedimental nesse dispositivo encartado, as normas desses tratados como equivalentes às emendas constitucionais.

Para Flávia Piovesan[8], todos os tratados concernentes aos direitos humanos são – e sempre foram – materialmente constitucionais, independentemente de aprovação com ***quorum*** especial, compondo o cognominado bloco de constitucionalidade, dada a prevalência da lógica material e não formal dos valores e princípios albergados na Constituição. Esse teria sido o objetivo do § 3º do artigo 5º: reconhecer explicitamente a natureza materialmente constitucional dos tratados sobre direitos humanos.

Considerando-se a inovação do pré-falado parágrafo, segundo a eminente autora citada, passam a existir duas categorias de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos: os materialmente constitucionais (todos), e os material e formalmente constitucionais, estes se houver o cumprimento do procedimento estabelecido no § 3º do artigo 5º, "equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal".

Entretanto, não ficou desapercebido a Piovesan, assim como também a Ingo Wolfgang Sarlet[9], que o legislador constituinte derivado reformador não trilhou o melhor dos caminhos. Mais consentâneo com a dinâmica evolutiva dos direitos humanos no cenário internacional seria se tivesse adotado o mesmo estilo das Constituições dantes mencionadas, considerando-se expressa e formalmente constitucionais todos os tratados de direitos humanos.

Numa outra perspectiva, mas com vínculos estreitos com o pensar acima retratado, Celso Lafer[10] inscreve que o § 3º do artigo 5º evidenciar-se-ia como uma

---

8 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 71/74.

9 "Assim, se é certo que comungamos do entendimento de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3° no art. 5° ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) em entendo de modo diverso, tivesse se limitado a expressamente chancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos..." (Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 838).

10 *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*, p. 15/18.

lei interpretativa[11], tendo como escopo, inclusive, solucionar possíveis discussões em torno da incidência intertemporal dos tratados sobre direitos humanos relativamente à Constituição de 1988. Os tratados e convenções de direitos humanos anteriores a ela, devidamente internalizados, teriam hierarquia de normas constitucionais, pois haveriam sido formalmente recepcionados pelo § 2º do seu artigo 5º.

Esse também é o juízo de Francisco Rezek[12] que, ao lado de André Ramos Tavares[13], advoga a linha de que os tratados anteriores sobre direitos humanos validamente incorporados antes do Texto de 1988 devem ser considerados recepcionados como normas de hierarquia constitucional, mas aduzindo como argumento a teoria da recepção material – ou da novação –, similar ao ocorrido com o Código Tributário Nacional, que, editado sob a plataforma de lei ordinária, foi agasalhado como lei complementar em face da exigência constitucional de que leis versantes sobre normas gerais tributárias deveriam ser reguladas por essa modalidade legiferante.

Já os tratados ou convenções a que o país aderiu de 1988 até a Emenda Constitucional nº 45/04, também em razão do § 2º do artigo 5º, seriam materialmente constitucionais, passando a integrar o chamado bloco de constitucionalidade.

Depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, a fim de serem considerados formalmente como normas constitucionais, os tratados sobre direitos humanos aos quais o Brasil vier a aderir devem obedecer ao procedimento descrito pelo § 3º do artigo 5º da Carta Magna.

No universo jurisprudencial, notadamente no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello[14], reformulando seu entendimento pretérito em voto

---

11 Nessa direção também é a afirmação de Valério Mazzuoli (O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 167, jul/set. 2005, p. 99).

12 *Direito internacional público – curso elementar*, p. 101/103.

13 *Reforma do Judicário no brasil pós-88*, p. 47/48.

14 Diz o eminente Ministro (p. 44/45, do referido voto): "Como **precedentemente** salientei **neste** voto, **e após detida reflexão** em torno dos fundamentos **e** critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (**RTJ** 179/493-496, **v.g**), **evoluo**, Senhora Presidente, **no sentido de atribuir**, aos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **superioridade jurídica** em face **da generalidade** das leis **internas** brasileiras, **reconhecendo**, a referidas convenções internacionais, **nos termos** que venho a propor, **qualificação constitucional**. **Tenho por irrecusável**, de outro lado, **a supremacia** da Constituição sobre **todos** os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, **inclusive** aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, **desde que**, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (**ou** a que tenha aderido) **importem** em supressão, modificação gravosa **ou** restrição a prerrogativas essenciais **ou** a liberdades fundamentais **reconhecidas e asseguradas** pelo próprio texto constitucional, **eis que** os direitos e garantias individuais **qualificam-se**, como sabemos, **como limitações materiais** ao poder reformador do Congresso Nacional".

proferido no HC 87.585-8-TO, alberga os fundamentos centrais dessa corrente, dela se distanciando apenas no que se refere a eventual colisão entre os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e a Constituição. Para ele, suas normas originárias prevalecem sempre em face de qualquer norma descrita em tratado ou convenção, inclusive os de direitos humanos.

Também no Superior Tribunal de Justiça, ainda que em apenas uma única decisão (RHC 18799/RS), baseada em voto do então Ministro José Delgado, validou-se, ***in totum***, os postulados ora retratados. Discutia-se o grau normativo do Pacto de São José da Costa Rica no Direito interno brasileiro. Assenta a dita decisão, ***in verbis***:

> c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional ;
>
> d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte;
>
> e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa;
>
> f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se,

> portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º).

Todos esses argumentos centrais, identificadores dessa doutrina, entretanto, não ficam imunes à discussão. Em verdade, em verdade, nessa matéria não existe indenidade em qualquer das opiniões.

Observe-se, prefacialmente, como bem ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes[15], do Supremo Tribunal Federal, que o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal é, ao tempo em que exige procedimento especial para os tratados e convenções em matéria de direitos humanos se tornarem equivalentes às emendas constitucionais, uma evidência de que, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, ditos tratados não eram considerados como normas constitucionais.

Assim também sustenta José Afonso da Silva[16], para quem o status de norma constitucional, com a adição dessa nova regra, somente é alcançado com a manifestação congressual, a título de referendo, com quorum qualificado (3/5 e com duas votações em cada Casa), e após a ratificação do Poder Executivo, ***in verbis***:

> Entendia-se que essa incorporação era automática, diferentemente do que ocorre com outros tipos de tratados e acordos internacionais, dependentes sempre de referendo congressual e ratificação governamental para sua eficácia interna. Essa questão precisa ser repensada em face desse § 3º, porque a exigência de um **quorum** qualificado para referendo congressual dos tratados e convenções de direitos humanos, para que tenham natureza constitucional formal, implica reconhecer que esses ajustes internacionais dependem, para ingressar no ordenamento interno de referendo do Congresso Nacional e ratificação do Poder Executivo, como qualquer tratado e acordo internacional – o que é uma pena, porque a incorporação automática, como direito constitucional, seria uma forma de destacar seu valor para além das circunstâncias de lugar e de tempo.

---

15 Opinião expressada no Voto proferido no RE 466.343-1-SP, p. 10/11.

16 *Comentário contextual à constituição*, p. 179.

Ademais, não restou superada a problemática, apontada como óbice à aplicação dessa tese, de que a exegese gramatical do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal possibilitaria a sua alteração por mera maioria simples, ou seja, com o absoluto desprezo ao indispensável e complexo processo legislativo regulador da modificação de quaisquer de seus conteúdos.

Particularizando mais a discussão, dois outros pontos de vista que depõem em desfavor dessa linha argumentativa merecem ser aduzidos.

Quando, exemplificadamente, analisa-se a assertiva de Celso Lafer de que desde sempre o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal já autorizava a recepção formal desses tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados pelo Brasil como normas de hierarquia constitucional, isso implica dizer, por outra via, que, com o despontar do § 3º do artigo supracitado, essa recepção restou extremamente dificultada, ante a exigência de iter especial e mais trabalhoso de aprovação. Dessa forma, esse novel preceito teria vindo na contramão dos direitos constitucional e internacional contemporâneos, enfáticos na proteção dos direitos humanos.

Noutro ponto, não salva esse raciocínio a alegação de que essa questão intertemporal seria solvida pelo critério da recepção material ou da novação, similarmente ao que se sucedera com a Norma Geral de Direito Tributário (CTN). Não me valho, aqui, da pertinente ponderação de Ingo Wolfgang Sarlet[17], segundo a qual "tal entendimento, como ainda teremos oportunidade de ver ao longo da exposição subsequente, dificilmente se revela como sustentável considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar – ainda que pressuponha diferença de rito e quorum de aprovação distinto – não pode ser, salvo melhor juízo, transposta automaticamente para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das leis (ordinárias e complementares), e sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorre com as leis".

É que a regra inserta no § 3 do artigo 5º do Texto Magno enfatiza que a natureza constitucional desses tratados ou convenções dependerá exclusivamente de um juízo discricionário do Congresso Nacional, que pode ou não aprová-los com *quorum* qualificado e em votação em dois turnos em cada uma de suas Casas, conferindo-lhes hierarquia idêntica às emendas constitucionais. Sem dúvida, prestigiou-se a discricionariedade legislativa.

---

17 Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 827.

Já no caso das normas-base concernentes ao direito tributário, a Constituição impôs condição obrigatória: somente lei complementar pode estabelecer normas gerais em matéria desse jaez. Aqui não se deu margem à incidência da livre vontade do legislador. Eis, certamente, o que justifica o emprego da técnica da recepção ou novação. Dito de forma direta: a Constituição não conferiu, automaticamente, status equivalente à emenda constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos. Tudo fica a depender do respeito ao iter procedimental qualificado estabelecido no pré-falado dispositivo. Essa diferença já se evidencia suficiente para obstruir a equiparação dos casos.

Todos esses pontos revelam as dificuldades para se aderir a essa posição, sobretudo com o advento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

5 OPINIÃO QUE CONFERE HIERARQUIA SUPRALEGAL AOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Esse ponto de vista parte da ideia de que a própria mudança da Constituição Federal, no ponto que cria a possibilidade de determinado tratado ou convenção internacional de direitos humanos valer com força normativa de emenda constitucional, evidenciaria ao menos a imperiosidade de alteração do quadro jurisprudencial reinante no Supremo Tribunal Federal, de outorgar hierarquia normativa idêntica a das leis ordinárias aos tratados internacionais relacionados a essa especial matéria.

O legislador constituinte reformador teria manifestado a vontade de alçar as normas desses tratados à condição especial no universo jurídico pátrio. Como regra, seriam infraconstitucionais, mas, diante de sua especialidade, gozariam do atributo da supralegalidade, ficando abaixo da Constituição e das emendas constitucionais, porém acima das leis, ordinárias e complementares. Somente respeitando-se o *quorum* de três quintos em duas votações em cada Casa do Congresso Nacional teriam esses tratados força normativa similar às emendas constitucionais. Atualmente, ressalte-se, tal é o entendimento majoritário dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Abraça esse modelo, por exemplo, a Constituição Alemã, a qual preceitua que ditos tratados compõem o direito federal e prevalecem sobre as leis. Gilmar Mendes também faz referência às Constituições da França e da Grécia. Ele defende, no voto dantes referido[18], que em caso de conflito, as normas dos tratados ou convenções sobre direitos humanos paralisam a eficácia jurídica – não revogam – de toda e qualquer norma infraconstitucional que com ela conflite, seja anterior ou posterior à sua edição.

18 RE 466.343-1-SP, p 28.

A dificuldade de se aceitar essa posição esbarra no mesmo problema trazido outrora: desprestigia completamente a regra trazida pelo § 3° do artigo 5° da Constituição Federal, na medida em que possibilita a outorga de hierarquia normativa diversa aos tratados dos direitos humanos daquela encampada pela Norma Suprema, e à margem de qualquer intervenção legislativa.

Vale aqui, por outro lado, o mesmo argumento empregado para afastar a tese de que tratados internacionais sobre direitos humanos sempre terão hierarquia normativa constitucional: se o legislador constituinte tivesse demonstrado essa pretensão, não teria regulado o § 3° da forma como o disciplinou. Teria dado tratamento idêntico ao conferido, por exemplo, pela Constituição germânica.

Todavia, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição acentuadamente majoritária, tende a abraçá-la.

6 DIMENSÃO NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EQUIVALENTE A DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO, DESDE QUE SUA APROVAÇÃO OCORRA NOS TERMOS DO § 3º DO ARTIGO 5º DA CF

Os partidários dessa posição sempre defenderam a igualdade hierárquica entre os tratados internacionais – todos eles – e a lei ordinária. Era ela, inclusive, encampada por meio de sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, com o surgimento da regra do § 3° do artigo 5° da Constituição Federal, sua concepção deve sofrer uma releitura, no sentido de conceder às normas existentes em um tratado ou convenção internacional de direitos humanos, devidamente incorporados ao Direito interno brasileiro, equivalência às emendas constitucionais, desde que sua aprovação se processe na forma descrita no dispositivo acima citado.

Não sendo aprovada nos moldes desse rito e com o ***quorum*** qualificado, terá força de lei ordinária, resolvendo-se eventual conflito pelas regras ínsitas a conflitos dessa envergadura.

Evidencia-se pertinente admitir que esse posicionamento não agasalha todas as relevantes e procedentes premissas incorporadas nas mais avançadas Constituições e legislações do direito comparado, no sentido do fortalecimento da perspectiva de proteção supranacional em matéria de direitos humanos.

Essa tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais de proteção ao ser humano resta dificultada a partir do instante em que, nos moldes da Constituição Federal, mostra-se possível conceder a mero tratado de perfil comercial, idêntico tratamento dado

a outro, versante sobre direitos humanos, desde que este último não tenha sido incorporado nos termos do § 3° do artigo 5° da Constituição da República.

Do mesmo modo, cria-se a possibilidade de coexistência de tratados de direitos humanos com hierarquias normativas distintas; sendo um aprovado seguindo-se os parâmetros da norma constitucional dantes citada, e outro, que não atingiu o ***quorum*** qualificado, com hierarquia apenas similar à lei ordinária.

Todavia, mesmo com esses obstáculos, fica a indagação: a Constituição Federal, sobretudo após o advento do § 3° do artigo 5°, deixou margem para outra exegese?

A resposta, a meu juízo, é negativa.

É notório, e as críticas estão nos quatro cantos[19], que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal não atingiu o objetivo de finalizar a polêmica existente acerca da internalização dos tratados sobre direitos humanos no Direito brasileiro.

É também manifesto que esse preceito, infelizmente, é bom que se reprise, não acompanhou a evolução, hoje prestigiada em diversas constituições alienígenas, de conferir automaticamente aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional e aplicação imediata. E esse reconhecimento induz à ilação de que a mudança constitucional em relação ao tema não avançou o quanto se desejava ou deveria.

O § 3º terminou prestigiando a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que adotava como regra a paridade dos tratados e convenções internacionais à legislação ordinária, inclusive os que versassem sobre direitos humanos. Mas agora outorgou-se ao legislador a discricionariedade de conferir hierarquia privilegiada a esses tratados e convenções, desde que ambas as Casas do Congresso Nacional os aprovem em dois turnos, e com maioria qualificada

19 Assim analisa Valério Mazzuoli: "Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos" (O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 167, jul/set. 2005, p. 100). Não é diferente a opinião de Daniel Mesquita, que pondera: "a alteração constitucional não contribuiu para o sistema de proteção dos direitos fundamentais no Brasil. A uma, porque se confirmou a interpretação do STF ao § 2º do artigo 5º, a duas, porque fez surgir a possibilidade de se criar uma categoria de direitos humanos mais importante e outra menos importante, a três, porque a integração de um tratado internacional com um quorum de três quintos dificilmente (ou nunca) ocorrerá na prática" (Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro: interpretação da constituição federal pelo supremo tribunal federal e conseqüências da emenda constitucional 45/2004 na proteção dos direitos fundamentais. Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 16).

de 3/5 (três quintos). Não se observando esse procedimento, tais tratados terão paridade com as leis ordinárias. Sendo aprovados com esse ***quorum***, terão força normativa equivalente às emendas à Constituição.

Registre-se não haver, sob o prisma técnico-jurídico, qualquer contratempo nessa outorga não-compulsória ao Congresso Nacional, como entendera Valério Mazzuoli[20], ao inscrever que se consumaria comprometimento do princípio da segurança jurídica e daqueles regentes das relações internacionais deixar ao livre talante do legislador a opção de conferir ou não a tratado ou convenção sobre direitos humanos status equivalente às emendas constitucionais, gerando um paradoxo no sistema a partir do instante em que matérias de direitos humanos possam ser aprovadas com grau hierárquico distinto. Afinal, ele é o Poder incumbido, por excelência, de legislar, ainda mais quando o tema pode vir a ter conotação constitucional[21].

Essa é a interpretação possível a ser subtraída do texto constitucional. Dela não destoam algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, ***in verbis***:

> RHC 19975/RS – RELATOR MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
> (...)
> 4. Quanto aos tratados sobre direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação da sua força normativa – de ordinária para constitucional - também supõe a observância do requisito formal de ratificação

20 O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 167, jul/set. 2005, p. 104. Essa também é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet. Segundo ele, uma exegese sistemática e teleológica do texto constitucional acena para a compulsoriedade desse iter procedimental, não havendo margem de escolha do legislador (Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 830).

21 Posição interessante, nesse sentido ora trazida à colação, é a de José Augusto Fontoura Costa e Ana Virgínia Moreira Gomes: "uma vez que seria o próprio Poder Legislativo, ao adotar o procedimento formalmente equivalente ao das emendas constitucionais, que identifica os róis específicos de direitos a serem enquadrados nessa categoria. Isso soluciona, também, a questão da legitimidade, já que não seriam os órgãos técnicos que definiriam o que está dentro ou fora da categoria dos Direitos Fundamentais e, muito menos, os juristas, mas os representantes eleitos do povo e dos estados brasileiros. (...) O § 3º dá, então, ao Legislador a competência para estabelecer 1) se o tratado tem conteúdo de Direitos Humanos e 2) se este, aprovado, por maioria qualificada, terá ou não o grau de emenda. Não cabe, evidentemente, ao Judiciário estender o sentido de regra clara conforme sua vontade, mesmo que com a boa intenção de fazer avançar o âmbito dos Direitos Humanos e afastar da ordem brasileira a prisão por dívida". (*O § 3º do artigo 5º da constituição federal e a internalização da convenção 87 da oit*, p. 11/12).

> pelas Casas do Congresso, por quorum qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Continua prevalecendo, por isso, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que autoriza a prisão civil do depositário infiel. 5. Nos termos do § 3º do art. 5º da CF (introduzido pela EC 45/2004), "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Trata-se de exceção à regra geral segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil incorporam-se ao direito interno como lei ordinária;
>
> RESP 811693/SP – RELATOR MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
>
> (...)
>
> 2. Mantém-se, mesmo após a EC 45/04, o entendimento da jurisprudência do STF e do STJ no sentido de que a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica não excluiu de nosso ordenamento jurídico a prisão civil do depositário infiel. É que, nos termos do art. 5º, § 3º da CF, com a redação da citada Emenda, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente terão força equivalente à das emendas constitucionais quando "forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros", o que não ocorreu na hipótese.

A defesa dessa tese, porém, não equaciona todas as dúvidas relativamente à própria aplicabilidade do § 3º do artigo 5º da Carta da República. Mas a doutrina tem cumprido seu papel, aduzindo soluções. Impõe-se mencionar algumas delas.

Partindo da premissa de que determinado tratado ou convenção tenha sido aprovado nos termos cobrados no referido dispositivo, é possível dizer, como Pedro Loula[22], que se estaria diante de nova modalidade normativa, diversa daquelas estatuídas no artigo 59, do texto constitucional?

---

22 Breves reflexões sobre a repercussão da reforma do judiciário (emenda constitucional nº 45/04) no direito internacional brasileiro. *O direito internacional contemporâneo,* Rio de Janeiro: Renovar, p. 783.

O referido autor assevera que "fica claro que tal ato legislativo não é idêntico à Emenda Constitucional. Trata-se, sim, de uma espécie normativa diferente da Emenda Constitucional (prevista no artigo 59, I, da Constituição), mas que teve sua disciplina jurídica equiparada àquela conferida às Emendas Constitucionais". Para ele, nem mesmo seria decreto legislativo, pois para aprovação de atos dessa natureza o ***quorum*** é de maioria simples e num único turno.

A respeito disso, prefacialmente, é de se atentar que o próprio dispositivo utiliza a expressão "equivalentes", cujo significado no bom vernáculo indica o que tem o mesmo peso, a mesma força, mas não são, propriamente, coisas idênticas. Daí porque melhor se apresenta a opinião de Luis Roberto Barroso[23], para quem o tratado ou convenção aprovado no rito do § 3º do artigo 5º da Constituição terá força de emenda constitucional, sem com ela se confundir. Para ele, o legislador reformador não quis criar uma nova espécie normativa, mas apenas conferiu a possibilidade de se atribuir eficácia qualificada a esse tratado ou convenção versante sobre temas relacionados aos direitos humanos. ***Mutatis mutandis***, seria o que acontece com a medida provisória e a lei – enquanto aquela não se transmuda nesta. Tem força de lei, mas, na fase inaugural, com ela não se confunde.

Essa questão chama outra: ocorre alguma mudança no processo de incorporação acaso determinado tratado ou convenção internacional seja aprovado nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal?

Aqui a doutrina não se entende.

Para Flávia Piovesan[24], houve mudança sim. Aprovado o ato legislativo com ***quorum*** qualificado, estaria ele pronto para produzir todos os seus efeitos internamente, ou seja, sem a participação do Presidente da República na fase final, com a consequente edição de decreto presidencial.

---

23 Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 207.

24 "Em outras palavras, basta o ato de ratificação (antecedido da assinatura do tratado e de sua aprovação pelo Legislativo) para que o tratado de direitos humanos tenha aplicabilidade no âmbito internacional e interno. Nesta temática, o parágrafo 3o do artigo 5o tão somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do quorum exigido pelo artigo 60, parágrafo 2°), fique a incorporação do mesmo no âmbito interno condicionada a um Decreto do Presidente da República. Note-se que a expedição de tal decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF, como um momento culminante no processo de incorporação dos tratados, por assegurar a promulgação do tratado internamente; por garantir o princípio da publicidade; e por conferir executoriedade ao texto do tratado ratificado"(Direitos humanos e *o direito constitucional internacional*. Caderno de direito constitucional 2006, Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, p. 36).

Valério Mazzuoli[25] defende que "depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no *Diário Oficial da União*, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º". Já André Ramos Tavares[26] afirma que a iniciativa para essa emenda seria exclusiva do Presidente da República.

Visualizo que não houve modificação substancial no processo de incorporação, seja na participação do Congresso Nacional, como também na do Presidente da República. A este, inicialmente, cabe celebrar o tratado ou convenção internacional de direitos humanos (artigo 84, VIII, da Constituição). A função do Congresso Nacional (artigo 49, I, da Constituição) é de referendá-lo mediante a edição de decreto legislativo, que poderá ser aprovado com o ***quorum*** qualificado – eis a novidade! Em sequência, pratica o Presidente da República outro ato, implementado por decreto presidencial – por muitos identificado como ratificatório – que, promulgado e publicado na imprensa oficial, visa a conferir efeitos internos às normas presentes no tratado ou convenção internacional[27].

Reforça esse posicionamento a assertiva de que, como dantes dito, o tratado ou convenção internacional de direitos humanos aprovado com o ***quorum*** do § 3° do artigo 5° da Constituição da República não se evidencia propriamente como emenda constitucional, além de não integrar o texto constitucional topograficamente falando – como ocorre naturalmente com as emendas –, mas, sim, passa a ter eficácia equivalente àquela, circunstância que exprime, mesmo que de forma tênue, uma diferença apta a diferençá-los e a legitimar a opinião de inexistência de modificação nos procedimentos relacionados à internalização das normas do tratado internacional ao direito positivo brasileiro.

---

25 O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 167, jul/set. 2005, p. 103)

26 *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*, p. 45.

27 Assim também pensa Luís Roberto Barroso: "Na linha da nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, para serem equivalentes às emendas constitucionais, deverão observar o seguinte trâmite: a) celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII), b) aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5°, § 3° c/c art. 49,I), c) ratificação (ato de direito internacional) e, por fim, d) a promulgação e publicação de seu texto via decreto do Presidente da República"(Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 207).

Ainda no âmbito das incertezas, lança-se uma indagação para saber se tratado ou convenção internacional de direitos humanos aprovado nos moldes da modificação constitucional pode ser denunciado. Caso sim, caberia ao Presidente, isoladamente, ou haveria espaço para a atuação também do Parlamento Nacional, ***ad referendum***?

O debate não é novo. Fala-se[28] disso desde os idos de 1926, com a manifestação favorável de Clóvis Beviláqua à tese de que caberia tão-somente ao Chefe do Poder Executivo decidir pela denúncia de tratados internacionais. Contrariamente a isso, advogou Pontes de Miranda a aplicação, em última ***ratio***, do princípio do paralelismo das formas, no sentido de que se apresentaria obrigatória a manifestação referendatória do Congresso não apenas ao tempo da ratificação, mas também da denúncia. Seria típico ato complexo.

O tema está sendo enfrentado no Supremo Tribunal Federal, mais precisamente na ADI 1625, pela qual se impugna a validade constitucional do Decreto Presidencial nº 2.100/1996, que denunciou, sem referendo congressual, a Convenção Internacional nº 158 da OIT. O julgamento já se iniciou, havendo dois votos (do então Ministro Maurício Corrêa e de Carlos Ayres Britto) favoráveis à participação do Congresso Nacional, com o que somente a partir de então teria eficácia o ato renunciatório.

Diferentemente disso, em voto-vista, o então Ministro Nelson Jobim entendeu que o Presidente está representando a União na órbita internacional, sendo dispensável a manifestação congressual, até porque já fora dada, em termos tácitos, quando da aprovação do tratado. "Ressaltou, ainda, que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos tratados, por meio de decreto legislativo, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas evitar a aplicação interna de tais normas. Entendeu, por fim, que o princípio da harmonia dos poderes "confere predominância" ao chefe do Poder Executivo, porquanto somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno"[29].

Em verdade, essa discussão, dentro da pauta de entendimento aqui articulada, resta prejudicada ao menos num ponto. É que não será compossível haver denúncia de tratado internacional de direitos humanos incorporado segundo o iter procedimental do § 3º do artigo 5º da Constituição, vez que, figurando com status constitucional equivalente à emenda constitucional, suas normas passam a compor o núcleo intangível da Carta Magna, constituindo-se; por via de consequência, um

28 Valério Mazzuoli (STF, Poder Legislativo e denúncia de tratados internacionais (oitenta anos depois), http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=32611.

29 Informativo do STF nº 421, de março de 2006.

obstáculo material a sua alteração, salvo se mudança vier para fortalecer, robustecer as normas de direitos humanos nele já contempladas[30].

Nesse sentido bem esclarece Carmen Tiburcio[31], ao comentar que "como a nova redação do dispositivo equiparou os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, os tratados internacionais que tratam da matéria não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas. Assim, tais diplomas, uma vez ratificados, passam a integrar definitivamente o ordenamento nacional, sem possibilidade de denúncia pelo Executivo".[32]

Distinção interessante fazem Flávia Piovesan[33] e Valério Mazzuoli[34]. Para esses autores, enquanto os tratados internacionais aprovados com ***quorum*** qualificado são insuscetíveis de denúncia, os que forem "apenas" materialmente constitucionais poderiam ser denunciados, apenas que também com a manifestação de vontade do Poder Legislativo.

Analisadas as diferentes posições em volta da dimensão hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, cabe abordar o emprego prático do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

---

30 Para mim, até mesmo tratado que não tenha sido internalizado no rito do artigo acima citado deve ser submetido à vontade congressual, para efeito de denúncia, conforme prescreve o artigo 49, I do texto constitucional, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para "resolver definitivamente sobre tratados".

31 Fontes do direito internacional – os tratados e os conflitos normativos. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 315/316.

32 Assim também pensam Luís Roberto Barroso (Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 207) e Pedro Loula (Breve reflexões sobre a repercussão da reforma do judiciário (emenda constitucional nº 45/04) no direito internacional brasileiro. *O direito internacional contemporâneo,* Rio de Janeiro: Renovar, p. 785).

33 "Em suma: os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de direito internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia" (Direitos humanos *e o direito constitucional internacional*. Caderno de direito constitucional 2006, Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, p. 36).

34 "Agora, portanto, será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar equivale a uma emenda constitucional (ou seja, se é *material e formalmente constitucional*, nos termos do art. 5º, § 3º) ou se apenas detém *status* de norma constitucional (é dizer, se é apenas *materialmente constitucional*, em virtude do art. 5º, § 2º). Caso o tratado de direitos humanos se enquadre apenas nesta última hipótese, com o ato da denúncia, o Estado brasileiro passa a não mais ter responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão-somente no âmbito internacional *e não no âmbito interno*" (O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 167, jul/set. 2005, p. 110).

7 APLICAÇÃO PRÁTICA DO § 3° DO ARTIGO 5° DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para finalizar este artigo, mostra-se importante registrar que o Congresso Nacional recentemente teve oportunidade de se manifestar, pela primeira vez, acerca de Convenção internacional relacionada aos direitos humanos e aplicar o iter procedimental do § 3° do artigo 5° da Constituição Federal.

Fazendo uso da competência que lhe foi conferida pelo dispositivo supracitado, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo n° 186, de 09 de julho de 2008, com o que restou aprovada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, aderidos pelo Brasil em 30 de março de 2007, que tem como finalidade precípua, consoante dispõe seu artigo 1°, "promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente".

O texto do Decreto, enxuto, diz que as regras dessa Convenção são aprovadas com fulcro no preceito constitucional pré-falado e que deverá o Congresso Nacional novamente se manifestar acaso ocorra qualquer modificação nas regras então aprovadas, tudo nos termos do artigo 49, I, da Constituição Federal.

Logo, tudo acena na direção de que não houve mudança alguma no âmbito do Congresso na tramitação dessa Convenção recentemente aprovada, salvo no que se refere ao ***quorum*** qualificado e à votação em dois turnos em cada Casa, com o que já se mostra possível antever que, por parte do Presidente da República, o qual até então não promulgou o decreto de internalização dessas regras no direito pátrio, também não haverá alteração na parte que lhe assiste de editar esse ato, nos moldes da doutrina tradicional.

8 CONCLUSÃO

Este artigo se propôs a apresentar os principais argumentos existentes na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da posição hierárquico-normativa dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos no nosso direito positivo.

Chega-se ao seu término com a ilação de que as disposições normativas subsistentes na Constituição da República – com especial enfoque ao § 3° do artigo 5° – não evoluíram o suficiente para prestigiar os direitos humanos como lhes é devido e imperioso, na específica perspectiva de conferir a toda e qualquer matéria a esse tema relacionado em tratado ou convenção internacional o caráter de norma constitucional, material e formalmente, a exemplo do que vem ocorrendo em diversos países, inclusive da América Latina.

Com efeito, a reforma do texto constitucional não chegou a tanto. Porém, nem tudo está perdido.

A Constituição outorgou ao Congresso Nacional a prerrogativa de decidir de qual *status* normativo desfrutarão os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: se com força normativa equivalente às emendas constitucionais, ou, acaso não submetidos ao rito prescrito no novel § 3° do artigo 5°, com paridade à lei ordinária, mantendo-se, no percurso de incorporação desses tratados ou convenções ao direito interno brasileiro, os mesmos atos tradicionalmente defendidos pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal – celebração do tratado, aprovação no Congresso, agora com a possibilidade de se consumar com ***quorum*** qualificado, outorgando *status* equivalente às emendas constitucionais, e sua promulgação e publicação via decreto de internalização do Presidente da República –, não sendo mais compossível, todavia, se internalizados com força de emendas constitucionais, sofrer restrição via ato denunciatório, dado haverem passado suas normas, já domesticadas, a comporem as chamadas cláusulas pétreas, núcleo imodificável do texto constitucional, salvo se a mudança vier na direção de fortalecer seus postulados, jamais diminuí-los ou subtraí-los.

Sensível à diretriz universal, o Congresso Nacional apresentou clara evidência de que não se distanciará desse movimento que não tem retorno, aprovando recentemente, com força equivalente à emenda constitucional, por intermédio de Decreto Legislativo (n° 186, de 09 de julho de 2008), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, oferecendo fôlego novo àqueles que não enxergaram no § 3° do artigo 5° da Constituição Federal a melhor das soluções para o fim da discussão atinente à posição hierárquico-normativa das normas de tratados e convenções internacionais relacionados à proteção dos direitos humanos internalizadas no direito positivo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed.. São Paulo: RT, 2000.

DA SILVA, Christine Oliveira Peter, Estado constitucional cooperativo. Disponível em: http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/view DFInterstitial/249/283

GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a Constituição. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142

____. http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008031718032624.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LOULA, Pedro. Breve reflexões sobre a repercussão da reforma do judiciário (emenda constitucional nº 45/04) no direito internacional brasileiro. *O direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira & GOMES, Luiz Flávio. O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Disponível em: www.aidpbrasil.org.br.

_____. O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 167, jul./set. 2005.

_____. STF, Poder Legislativo e denúncia de tratados internacionais (oitenta anos depois). Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=32611.

MENDES, Gilmar & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA, Daniel. Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro: interpretação da constituição federal pelo supremo tribunal federal e conseqüências da emenda constitucional 45/2004 na proteção dos direitos fundamentais. Disponível em: www.idp.org.br.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Caderno de direito constitucional 2006, Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região.

_____. Princípio da complementariedade e soberania. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista//número11/painelVI-2.htm.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do stf. Disponível em: www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/artigos/00000034-001_flaviapioveasn.pdf.

RESEK, Francisco. *Direito internacional público – curso elementar*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando. A emenda constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Augusto Fontoura & GOMES, Ana Virgínia Moreira. O § 3º do artigo 5º da constituição federal e a internalização da convenção 87 da oit. Disponível em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/transf_trabalho_jose_augusto_costa_e_ana_gomes.pdf.

TIBURCIO, Carmem. Fontes do direito internacional – os tratados e os conflitos normativos. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NORMATIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO: A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Artur Cortez Bonifácio[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. O sistema normativo constitucional; 3. A Legalidade constitucional; 4. Aplicabilidade e garantia judicial; 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nesta publicação comemorativa ao I Congresso Brasileiro de Direito Constitucional promovido pela FARN, em homenagem ao Professor Paulo Bonavides, cujo tema básico foi o "Constitucionalismo na era pós-positivista", honra-me expor algumas notas sobre o papel da Constituição na ordem jurídica, pelo caminho da concretização dos seus comandos. A imposição de balizas constitucionais faz-nos crer que o grande pacto social, que é a Constituição, resgata a legitimidade do sistema jurídico e a ação ou omissão das diversas funções do Estado. Pretendemos enunciar a assimilação do projeto constitucional como algo perene e dinâmico, mas, sobretudo, ungido sob um processo de construção e de efetivação. Isto requer, sobremaneira, uma aplicação exegética que considere o estágio social, político e jurídico da sociedade, a vivência judicial e orgânica no espaço público e um trabalho contínuo que supera as expectativas da mera legalidade, para consolidar um dever-ser constitucional, consubstanciado no resgate de sua força normativa pela via da justiça constitucional.

A ideia inicial centra-se na posição doutrinária tomada no sentido de que não se maturou, nem se pode deixar vencer, reflexões e debates quanto à totalidade axiológica do sistema jurídico e a superação do positivismo, nesta fase de intensas vicissitudes na sociedade política interna e internacional. Compreende-se que se descortinam algumas vertentes, ao enfrentamento das questões de direito constitucional contemporâneas. Situamos, no ambiente jurídico interno dos Estados, uma força social cambiante e sempre a exigir respostas céleres do sistema de Direito. Por vezes, o Estado, no exercício jurisdicional, não tem conseguido encontrar caminhos, os quais evoluam com a velocidade auspiciada pela sociedade. O imediatismo da sociedade, para além de requestar posições rápidas, também sugere opções fora dos desígnios políticos e jurídicos do Estado. O avanço das soluções arbitrais e o primado de aplicação de leis em casos específicos, por certo,

---

1 Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional e Tributário dos Cursos de Graduação e Mestrado da UFRN. Professor da Pós-Graduação da Universidade Potiguar. Coordenador Pedagógico da FANEC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. Juiz de Direito-RN.

se enquadram numa nova vertente. A Constituição e o processo constitucional, em sequência, não devem ser entraves ao desenvolvimento móvel, racional, volitivo e dinâmico das relações jurídicas, nomeadamente, quando leis, convenções e contratos pretendam solucionar tais questões, estabelecendo os contornos de suas linhas decisórias. Noutro ângulo, observa-se uma redefinição de conceitos, assim como o de soberania, abrindo-se, em nome da cooperação internacional e de problemas comuns da sociedade universal, um tipo de ordem jurídica internacional, permitindo-se adjetivar o direito constitucional, em direito constitucional internacional, e atribuir uma ordem internacional de justiça. Há, ainda, as relações econômicas privadas internacionais, as quais interferem no âmago das economias estaduanas, por especial, quando se trata de questões ligadas à política de incentivos fiscais, à concorrência fiscal, quando normas indutoras de produção estatal, ou não, afetam os mercados internacional ou interno, refletindo no sistema econômico, e, reflexamente, no Jurídico. Ficamos com estas três faces de um complexo sistema de direito, mas que tem por pano de fundo a ordem das relações jurídicas, ainda que se tenha a compreensão de que o pluralismo e a aparição de novas atividades a demandar a incidência do direito possibilitam o entendimento de que há sistemas jurídicos diversos regulamentados por uma sorte de direito, à margem do Estado.

2 O SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL

Um Estado soberano tem por principal característica a existência de uma ordem jurídica titularizada por uma Constituição. Como ordenamento jurídico fundamental da comunidade, nas palavras de Hesse(1997), o texto constitucional fixa as principais diretrizes da organização e estruturação da unidade política, além de contemplar as tarefas e missões do Estado e o estabelecimento de suas políticas públicas e institucionais, contendo os procedimentos para resolver os conflitos internos e expondo os fundamentos a serem observados ante a conjuntura internacional. Sua elaboração é resultado do trabalho do poder constituinte, por meio de uma das formas de seu exercício (Assembleia Nacional Constituinte, Congresso Constituinte, entre outras), e o seu caráter inaugural, criador, fundante ou, pelo menos, iniciador de uma nova ordem jurídica, deve ser marcado por um momento de profunda decisão popular, o que implica afirmar que, à deflagração do processo constituinte, exige-se um processo de consciência constitucional, e uma série de motivações internas ou externas, que venham a lhe conferir um mínimo de legitimidade. Revisitar o histórico constitucional do trabalho do poder constituinte implica uma participação na quota de liberdade histórica que cabe ao homem, liberdade bastante precária, contudo, e que é uma conquista. A elaboração de Constituições como dinâmica de manutenção dos

Estados Modernos significa optar entre um grande número de soluções e de combinações, e, também, impor-se um normativismo e a ele ser submetido; é fazer valer o enunciado de que a fonte de todo poder reside no povo. Dizer que um Estado é soberano significa, em última análise, conceber que é regido por uma Constituição própria, com princípios e regras devidamente delineados por opção do Constituinte Originário, de par com a cultura do detentor da legitimação do processo de formulação da Carta Política. Sua derrocada é a derrocada de um modo de ser do Estado, assumido em significativo momento de sua história.

Atendo-nos ao domínio normativo, a Constituição é a lei fundamental do Estado, um sistema normativo aberto que regula e estrutura as atividades jurídicas, política, social, econômica e cultural do Estado e a vida em sociedade, limitando os poderes do Estado e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos. É um sistema composto por normas, como gênero, e princípios e regras como espécie. [2] É no consentimento popular, na consolidação das opções sociais do povo, que a Constituição vai buscar a fonte de sua legitimação, para definir o tipo de Estado que se deseja e como este Estado deve pautar as suas decisões políticas. Os seus dispositivos[3] conformam a formulação de um texto

2 Dentro da sistemática de Canotilho, com apoio em Dworkin ; Alexy: CANOTILHO,J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 124. Com apoio nestes autores, adotaremos a tese forte da separação entre princípios e regras, admitindo que entre ambos há uma diferença qualitativa, donde haver uma exclusão entre princípios e regras: ou a norma é um princípio ou é uma regra. FIGUEROA, Alfonso Garcia . **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007. p.3-34, intitulado "Princípios e Direitos Fundamentais", menciona duas outras teses doutrinárias: a tese da não existência de diferenças de nenhum tipo, tendo por expoente, exemplarmente, Hernández Marin e a tese de que as diferenças entre estas duas espécies normativas seriam de grau, segundo os critérios de fundamentabilidade, generabilidade e abstração. "Os princípios se apresentam mais gerais do que as regras, mas nada impede encontrar regras gerais; os princípios são mais vagos que as regras, mas as regras também podem ser vagas." Bobbio, Guastini e Hart aqui se encontram. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. T. II, p. 227, atribui a conceituação das normas jurídicas em normas-princípio e normas-regra. Em sua Teoria dos Princípios, Humberto Ávila separa os princípios e as regras em normas de primeiro grau e os postulados (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade), em normas de segundo grau. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005 , p. 271, assevera que princípios são normas, e estas compreendem as regras e os princípios.

3 Aqui no sentido de elementos, segundo classificação corrente, sintetizada no pensamento de J. Afonso da Silva: orgânicos (organização do Estado), limitativos (direitos e garantias fundamentais), socioideológicos (direitos sociais e ordem econômica), de estabilização (normas relativas à jurisdição constitucional)ou formais de aplicabilidade (referentes à eficácia jurídica e social) SILVA, J. Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44/45.

inacabado, cuja força normativa reside em ser o resultado das tensões dialéticas das forças vivas atuantes na sociedade.[4]

Efetivamente, a Constituição, com a feição de normatividade proposta, é produto da evolução estatal e do próprio constitucionalismo, como movimento multifacetário incidente sobre o desenvolvimento dos povos, em suas relações com o Estado. Surgido, de forma marcante, no século XVIII, após as revoluções americanas e francesas, no afã de combater o absolutismo reinante, o constitucionalismo teve por ideia básica, de início, instigar um modelo de Estado em que os poderes do Monarca estariam limitados pelas Constituições, favorecendo-se a legalidade e as liberdades públicas, e, em assim o sendo, os direitos individuais dos cidadãos, entre outros predicados.[5] Era a consagração do Estado de Direito, assim denominado pela transferência do poder absoluto para o poder das leis; e do Estado liberal, qualificado desta forma, em função da proposta de garantia das liberdades públicas, dos direitos individuais e da mínima intervenção das funções estatais nas opções (direitos subjetivos) das pessoas, sendo significativa a liberdade conferida à economia. É de se anotar que, providos de Constituições, os Estados passariam a contar com uma norma supra-legal, de índole superior, produto da vontade da nação, sendo esta a fonte de sua legitimidade.[6]

---

4 Hesse já afirmara ser a Constituição o ordenamento jurídico fundamental da comunidade, que não se limita à ordenação da vida estatal. Suas normas não são completas nem perfeitas; a Constituição não é um sistema fechado. Seus elementos se acham em constante interação e dependência e devem ser utilizados às soluções das tensões dialéticas da comunidade. Está-se diante de uma unidade política e normativa aberta. Sua força normativa advém da possibilidade de realização de seus conteúdos. Daí pontuar: "Cuando la Constitución ignora el estado de desarrolo espiritual, social, político o económico de su tiempo, se ve privada del imprescindible germen de fuerza vital, resultando incapaz de conseguir que se realice el estado por ella dispuesto en contradicción con dicho estado de desarrollo. Su fuerza vital y operativa se basa en su capacidad para conectar con las fuerzas espontáneas y las tendencias vivas de la época, de su capacidad para desarrollar y coordinar esta fuerzas, para ser, en razón de su objeto, el orden global específico de relaciones vitales concretas.

HESSE. Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional (Selección)**. Madrid: Cengtro de Estudos Constitucionais, 1997, 16, 27.

5 De acordo com a lição de Karl Loewenstein, um texto, para ser considerado Constituição, deve assegurar mecanismos de controle do Poder Político em favor da sociedade estatal, visão a meu sentir atualizada. Nessa tarefa, entra o limite ao exercício dos Poderes, coibindo-se a prática de abusos, e a garantia mínima de direitos fundamentais ao cidadão. In Teoría de la Constituición, Ariel, Barcelona, 1986, p. 152-4. Importa anotar que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi o panfleto revolucionário francés, propugna que o Estado de cuja Constituição não constasse a separação dos poderes e a proteção dos direitos individuais, não teria Constituição.

6 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2008. Obra clássica de leitura obrigatória para aprofundamento do tema.

Esse modelo de Estado sofreria ajustes naturais na dimensão da evolução constitucional da sociedade, em princípio, com a implantação da participação política e democrática dos cidadãos e, ao depois, seria complementado por um novo paradigma, que absorvesse e contemplasse as necessidades sociais decorrentes da exigência de igualdade, passando o Estado a cumprir uma agenda positiva de ações sociais, revelando-se a face de um Estado catalizador de ações positivas, em favor de setores como saúde, educação, seguridade, lazer, etc. Normas com a determinação velada de assegurar direitos sociais constam da maioria das Constituições contemporâneas, a partir das Constituições Mexicana (1917), Russa (1918) e de Weimar (1919). Este sentido prestacionista marca o chamado Estado Social, sendo de acrescentar, no plano interno, que os direitos sociais foram incluídos já com a Constituição de 1934, e ganharam definitiva visibilidade por meio dos compromissos e diretivas assumidos pela atual Constituição.

No quadro normativo das Constituições contemporâneas ganha corpo a abertura a um leque bem mais amplo de matérias, algumas até mesmo de natureza não constitucional, mas que, garantidas pela unidade formal da Constituição, assumem um caráter de estabilidade inalcançável, se de lei ordinária se tratasse. No caso brasileiro, direitos econômicos, culturais, de natureza orçamentária e tributária, relação entre administração e administrado, tutela de interesses difusos e coletivos, normas relativas ao processo constitucional e, em meio a tais, mecanismos de sindicância de constitucionalidade, garantem a sua estabilidade e municiam as funções do Estado nessa direção, sendo, não raro, a atuação da justiça constitucional.

Tendo presente a positivação de direitos com os conteúdos materiais referidos, numa composição binária de positivação de normas-regra e normas-princípio, noutro prisma, elevam-se, formalmente, os direitos humanos a direitos fundamentais, refletindo-se, nos Estados, a atual vertente do Direito Internacional.[7]

Em palavras outras, constitucionaliza-se o direito internacional ou internacionaliza-se o direito constitucional, pelo viés dos direitos humanos. Significa que, à concepção anterior de Estado Democrático de Direito, contida na imposição de limites ao Estado, acrescer-se-ia a garantia da plena eficácia

7 Segue-se a tendência universal da Carta Internacional dos Direito Humanos, composta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 10/12/1948, e do Pacto Internacional dos direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC), subscritos em 1966. Sem dúvida, a Declaração e os Pactos que objetivam dar-lhe força normativa foram a mais importante contribuição à dogmática dos direitos fundamentais, após a Declaração de 1798, da Revolução Francesa, pondo em evidência o homem como sujeito internacional de direitos e fazendo surgir o Direito Internacional dos Direitos Humanos. No Brasil, valorosos juristas seguem esta linha acadêmica, podendo citar Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Albuquerque de Mello, Flávia Piovesan, como expoentes respeitados, entre outros.

dos direitos fundamentais, porquanto, as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais cuja titularidade pertence a todos.[8]

Desse modo, a Constituição, para além de modelar a estrutura, a forma, a organização estatal e as liberdades dos cidadãos, é a bússola condutora das relações que se passam no Estado e se projetam aos Estados e aos cidadãos. Isso envolve um permanente trabalho de concretização, que não desconhece, antes, amolda-se à diretriz universal adotada pelos Estados, após a 2ª Grande Guerra, de levar aos textos das diversas Constituições ocidentais, um plexo normativo, com inspiração nas linhas de proteção da dignidade humana traçada pelas Nações Unidas, cujo normativo condutor é a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Se, internamente, tem-se por elevado grau de juridicidade a efetivação do Princípio do Estado Democrático de Direito, reconhecendo-se direitos de caráter universal, desce-se à insofismável e prioritária axiologia da dignidade da pessoa humana, daí seguindo-se os primados da isonomia e da liberdade e assim sucessivamente. A eficácia normativa dessas propostas requer uma nova postura do juiz e da jurisdição constitucional, no sentido de garantir que a realidade jurídico-constitucional se efetive na prática e afaste quaisquer diplomas legais ou contratuais que a desconheçam.[9] Mas, não apenas. Requer procedimentos institucionais e cultura constitucional.

3 A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

A Constituição, ao estabelecer a conexão mútua entre o fato e a ideia na vida política de uma sociedade, combina a essência e a existência políticas de um Estado, pois funda a concreta positividade do ordenamento e exprime verbalmente um sistema de intenções. A Constituição pretende estabelecer o fato a partir da declaração; é a base moderna do direito e do Estado que estabelece um tipo inédito de promessa, de compromisso político, de um povo para consigo mesmo. Esta a principal ocupação das linhas que se seguirão. Um Constituição legitima-se pela aplicabilidade de seu corpo normativo, diante da hierarquia material ou formal das suas espécies normativas.

No caso da Constituição Brasileira, o caminho à legalidade constitucional é percorrido por um sistema normativo que, ao longo do texto, agrega valores, convertidos em princípios explícitos, havendo princípios implícitos, decorrentes do regime e da conjugação de outros princípios adotados pela ordem jurídica pátria e dos tratados internacionais de direitos humanos (art. 5. § 2º, da CRFB)

---

8 FERRAJOLI, Luigi Apud STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

9 op. cit., p. 29.

ou de integração regional, estes últimos ainda em construção e com algumas dificuldades federativas, tributárias e democráticas.[10] Valores não são pré-moldados, cartesianamente tomados ou dados como mercadorias. Eles são um produto; são resultado de uma construção intelectiva e da assimilação de um modo de ser, fazer e enfrentar as coisas e os problemas. Os valores são conteúdos de materialidade constitucional e conduzem à legitimação da Constituição.

Assim, pode-se dizer que a legalidade, diante do sistema constitucional brasileiro, há de se acomodar, por início, ao valor do estado democrático de direito (art. 1º, caput da CRFB). Isto significa que o Brasil é um Estado que se afirma democrático e que pratica a democracia, porque os procedimentos de seus órgãos e da sua máquina administrativa e as suas instituições respeitam os primados da liberdade e da igualdade. O princípio democrático é assim uma nota do Estado Brasileiro e tem por fundamentos os valores da soberania, da dignidade da pessoa humana, da cidadania, do pluralismo político e da livre iniciativa, os quais resultaram do consenso estabelecido entre os diversos segmentos da sociedade que se fizeram presentes durante a elaboração da Constituição acompanhando, opinando, sugerindo, fiscalizando, debatendo, enfim, influenciando decisivamente no processo. Ao lado do Estado Democrático, a legalidade, simbolizada no estado de direito, quando àquele se conexiona, é muito maior do que um estado de contenção ou de obediência à lei, por envolver, no exercício das diversas funções do Estado e nas relações jurídicas entre particulares, a depuração normativa, em face dos cânones constitucionais.

Esta importante premissa de validação do sistema jurídico concorre para conferir o caráter supremo da Constituição no ordenamento jurídico. Além do direcionamento às atividades estatais, a supremacia constitucional representa uma linha procedimental e de conduta para todas as relações jurídicas, inclusive aquelas atingidas pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É essa compreensão que se quer levar a efeito com o correto acatamento da normatividade dos princípios, como categoria normativa de natureza material e constitucional. Mas, até que ponto a Constituição, por seus princípios e regras, pode afetar as relações privadas, estabelecidas fora do monopólio estatal? Em que nível as "coisas" podem acontecer no plano fático, no mundo do ser, e não estar afetado pelo direito estatal?

Obtemperando quanto à liberdade das relações convencionais, contratuais, obrigacionais, negociais, ungidas sobre o princípio da legalidade, o êxito na regulação imediata de situações concretas, nas quais o direito

10 Cf. RAMOS, André Tavares. Mercosul : situação atual, dificuldades federativas, tributária e democráticas de integração do Brasil. **Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, 2006.

constitucional e a jurisdição constitucional interfeririam, minimamente, no que tange à realização dos fins do Direito, estará a depender, frise-se, do estágio da sociedade política, apresentando-se como extremamente complicado, diria mesmo, arriscado, retornar ao estágio de máximo prestígio do positivismo jurídico, do apelo não razoável às leis, como modo de produção legítima, porquanto emanada de um processo legislativo formalmente adequado. De *per se*, o que se verifica é que as leis não resolvem os problemas da sociedade; se assim o fosse, no Brasil, o anacronismo social não seria legitimado pelo anacronismo legislativo. Há uma real e perigosa percepção de inutilidade das leis,[11] embora se lhes designe, pela menos a algumas, um relativo grau de eficácia. É mais aceitável, sobretudo, a ideia de que a evolução normativa é processada pelos procedimentos e assimilações sociais, tendo em conta fatores de diversas ordens, os quais animam a sua convivência e o processo de interpretação dos fatos jurídicos, rebuscando o norte nos seus valores mais legítimos.

O estágio da democracia brasileira não recomenda uma inação constitucional, porquanto a discussão destes problemas envolve outros tantos com fundamentação exposta em raízes sociais e políticas, nas quais o cerceamento das liberdades públicas e os indicadores sociais, muito mais indicam a necessidade de atuação das funções do Estado, no sentido da efetivação das normas constitucionais, e da implementação dos compromissos assumidos pelo Congresso Constituinte.

Agora vejamos. O grande debate que se abre no momento circunda o dilema entre o constitucionalismo pós década de 1950 e uma espécie de retorno ao privilégio da legalidade, ou à aplicação subsidiária dos princípios ou, por outros termos, instiga a investigação sobre se estaríamos retornando a um momento em que as linhas de ação da Constituição seriam meras diretrizes de hermenêutica ou serviram apenas para suprir as lacunas do sistema.

Volta-se a discussão à normatividade dos princípios constitucionais e à pujança que nos últimos dois quartéis ganharam na aplicação do direito. A caracterização aberta do sistema jurídico-constitucional e a força cogente de suas espécies normativas foram alvo de muitos estudos, com reflexões e aportes de grande densidade de autores renomados como Esser; Crisafulli; Dworkin; Alexy; Hesse; Muller; Miranda; Canotilho; Bonavides; Bandeira de Mello; Barroso, entre tantos, os quais justificaram a afirmação dos princípios como linhas mestras de qualquer ordenamento jurídico, reconhecendo a coexistência de um campo de validade, ao lado de um outro onde as normas preponderariam pelo grau de peso ou importância, muito mais conformando o

11 CRUET, Jean. **A Vida do direito e a inutilidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2003.

sistema do que gerando situações antinômicas, de melhor solução mediante apreciação tópica, bem ao estilo de Viehweg. É nesse contexto que retomamos a grande questão binomial entre a segurança jurídica e justiça, como padrão de realização inevitável do direito. Assim, os adeptos da secundarização da dogmática dos princípios pugnam pela aplicação da lei, sim, da lei, olvidando, aqui e ali, que as situações fáticas, requerem soluções, no dizer de Bonavides, pela concretização. Arriscamo-nos, hoje, como desde alguns anos atrás a repetir: temos extrema dificuldade em enxergar segurança jurídica contra os valores constitucionais. A justificação histórica da manutenção de regimes autoritários, em alguns casos emblemáticos na Europa e na América Latina, nas décadas de 1940, 1960/1980, tiveram por semente e fundamento o legalismo puro: a barbárie e as ditaduras são exemplos disto. Sem embargo, na linha da normatividade, em repúdio a tal sistema, e a práticas tiranas, contrapôs-se, não um retorno ao direito natural, mas a dogmática dos princípios, positivando-se valores substanciais catalisados pelos povos. Edificou-se um novo modo de ser do Estado: internamente, a reafirmação do Estado Constitucional e Democrático de Direito; externamente, a cooperação internacional, a não-intervenção e a prevalência dos direitos humanos.

No centro das projeções, o resgate da juridicidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta prevalência da normatividade dos princípios, que pelas mãos da teoria estruturante de Muller e da cátedra de Dworkin, questionaram e transpuseram, na Alemanha e na América, respectivamente, as lições clássicas de Kelsen ; Hart, bem o afirma Bonavides,

> são momentos culminantes de uma reviravolta da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema.12

Disso resulta que, além de política, a Constituição é normativa e, de acordo com a classificação normativa binária expendida atrás, cujo estudo tem influenciado os acadêmicos do direito no Ocidente, na literalidade das afirmações

12 BONAVIDES, op. cit., p. 276.

de Alexy, as regras são mandamentos de definição e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições; enquanto os princípios, mandamentos de otimização, cujo cumprimento deve dar-se em diferentes graus, por serem "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes". Ou algo diferente, já nas lições de Dworkin, os princípios são normas válidas em virtude de seu conteúdo moral. Valendo-nos de suas próprias expressões, quando se afirma que um princípio faz parte de um ordenamento jurídico, significa que os aplicadores do direito devem levá-lo em consideração, conforme o caso, como critério de escolha do sentido a ser seguido. E, continuando, pontua o filósofo que a negativa da normatividade dos princípios concorre à admissão de que o juiz busca algo além das normas que o vinculam, como diretrizes, seguidas ou não, a seu critério, um o que estaria a implicar elevado grau de discricionariedade.

Essa força de normatividade, objeto de estudo de Hesse, interpõe ter a Constituição vontade e capacidade de impor tarefas, assim se constituindo em verdadeira força ativa; a Constituição não é tão-somente vontade de poder. A Constituição não deve ser concebida como o centro do qual tudo deriva por irradiação da soberania estatal, mas como o centro para o qual tudo deve convergir. Em outras palavras: a Constituição deve ser compreendida "mais como um centro a alcançar que como um centro do qual partir". Ora. a normatividade, segundo o constitucionalista alemão, determina a máxima efetividade das normas constitucionais, sendo que a interpretação constitucional deve atribuir às normas constitucionais a maior efetividade possível.[13]

Neves, dissertando sobre a relação entre Texto e realidade constitucional como concretização de normas constitucionais, refere-se à dupla dimensão da normatividade apontada por Muller: "Normatividade significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada)." Continuando, posiciona-se o doutrinador: "Se o âmbito normativo, que importa uma função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso, não se constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é atingida. Faltam, então as condições e os pressupostos para a "produção" da norma jurídica – "que rege mediatamente um caso determinado" – e, portanto, da norma de decisão – "imediatamente normativa, reguladora do caso determinado". Nesse contexto não se fala de legislação e de atividade constituinte como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão

13 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 220.

de texto legal ("Gesetzestextgebung") ou de emissão de texto constitucional ("Vesfassungstextgebung")." E finaliza: "A norma jurídica, especialmente a norma constitucional é produzida no decorrer do processo de concretização."[14] A proclamação da normatividade dos princípios, relativamente aos destinatários do direito, certamente não comporta e não aceita o mero critério automático do processo subsuntivo. Há outros componentes na sua avaliação. Por isso, recorre-se aos ensinamentos de Bonavides:[15]

> A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

4 APLICABILIDADE E GARANTIA JUDICIAL

A recondução das ideias expostas coloca o caráter aberto da Constituição e a força de sua normatividade no epicentro das relações jurídicas, sendo que a questão da aplicabilidade, quando resulta da concretização consolida o sistema, na medida em que as normas constitucionais sempre têm uma sorte de eficácia, no dizer de André Ramos Tavares.[16] De fato, até mesmo as normas de caráter institutivo ou de natureza programática, desprovidas de eficácia positiva, portam eficácia negativa, destinando as suas inferências para obstar o desenvolvimento de ações dos poderes constituídos, em contrariedade ao seu ambiente material. O recurso à tipologia das normas constitucionais recomenda o reconhecimento de normas materialmente constitucionais, ao lado das meramente formais, sendo factível, atribuir-se hierarquia axiológica entre normas constitucionais, uma primazia daquelas como vetor interpretativo, e como instrumento imediato de concretização, mas sem olvidar o caráter de constitucionalidade das demais. Canotilho afirma, com proficiência, que a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização. O princípio do Estado de Direito estrutura o Estado e é densificado por princípios constitucionais gerais, como o princípio da legalidade, o qual pode ser

14 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 77/78.

15 BONAVIDES, op. cit., p. 286;

16 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 80

concretizado por princípios constitucionais especiais, a exemplo do princípio da reserva de lei, chegando-se mesmo à regra, com grau máximo de determinabilidade. Afirma o autor Português que os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através de suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição).[17] Sua Construção escalonada evolui o sistema jurídico dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou, no sentido contrário, do concreto para o abstrato, assevera.[18] Sem embargo, pensamos ser impossível imaginar, tomando por paradigma a Constituição Brasileira, que os princípios fundamentais (at. 1º a 4º), não possuem um *status* diferenciado no sistema jurídico-constitucional, em função da elevada carga axiológica que os nutrem, irradiando a força de sua materialidade a todo o sistema jurídico. Também é de se ver que, no sistema, em função de sua substancialidade e da sua dinâmica multidimensional, há princípios com maior repercussão, do que outros, ora por se apresentarem como metacritério de interpretação, ou por proporcionarem a solução à colisão de princípios outros, assim como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia. Em todos o que importa é haurir, concretamente, o caráter deôntico que neles se embutem ou a força de sua aplicabilidade, na direção do resultado final do caso, em concreto, conjugando concretização e aplicabilidade.[19]

Uma produção legislativa, convencional ou a assinatura de um compromisso arbitral não pode ter repercussão jurídica, sem estar adaptada à cláusula de reserva constitucional, ao bloco de constitucionalidade, como se denomina na Espanha, ou mesmo a um núcleo de rigidez material que se faz constar como elemento de estabilidade constitucional. É de se reconhecer, entretanto, que o fim da Constituição, a despeito do caráter difuso de sua aplicabilidade, afasta-se da pretensão de dar respostas a tudo, muito mais diante da complexidade das relações jurídicas, da facilidade das comunicações e do conhecimento cultural, social, econômico, político, jurídico e religioso, em caráter global, os quais recomendam a relativização da soberania e a descentralização do Estado.[20] A propósito, pontifica Zagrebelsky: "a formulação de uma dogmática rígida não pode ser o objetivo da ciência constitucional", associando a, por

17 CANOTILHO, op. cit. P. 1137/1139.

18 Idem, p. 1139.

19 Algo diferente encontramos na doutrina de Humberto Ávila, para quem razoabilidade e proporcionalidade são postulados, porque não prescrevem comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. In Teoria Geral dos Princípios, p. 123/124.

20 Na dinâmica da sociedade complexa, para aprofundar a questão da Constituição como subsistema do Direito Positivo, NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 63 e 65.

ele designada, Constituição dúctil, à coexistência com uma visão política de integração através da rede de valores e procedimentos comunicativos. No esteio da lição de Clémerson Merlin Clève, preferimos nos referir a um poder de atração, de gravitação da Constituição, com relação à aplicação normativa às relações jurídicas.

Noutro aspecto, o desenvolvimento e a realização da Constituição também evoluem por processos interpretativos e informais, para além dos processos de reforma. Nesta parte, a defesa da ordem jurídico-constitucional estará a requerer um esforço do intérprete, do operador jurídico e, muito em especial, o exercício das funções judicantes. Todo Juiz, no Brasil, é um Juiz constitucional, vale dizer, em qualquer instância judicial pode ser exercida a verificação de constitucionalidade das ações ou omissões do Poder Público, por meio do sistema de controle de constitucionalidade. A mais alta instância judicial, o Supremo Tribunal Federal – STF -, a um só tempo, é instância recursal (o recurso extraordinário, art. 102, III, da CRFB) e Corte constitucional. Há, destarte, um controle difuso, no qual, tendo em vista a proteção de interesses subjetivos, o juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, inclusive, de ofício, cuja decisão produz efeitos apenas entre as partes, no caso concreto. Simultaneamente, a sindicância pode ser exercida por um processo principal, direto, por via de ação, pelo método designado concentrado, o qual tem o caráter de um processo objetivo, submetendo-se à apreciação da Corte Suprema, leis ou atos normativos em tese, mediante a proposição por agentes legitimados no art. 103, da Constituição Federal, os quais devem demonstrar interesse de agir ou pertinência temática. Neste caso, a lei inconstitucional, ante a procedência do pedido tem a sua invalidade decretada, com efeitos *erga omnes* e a decisão, tomada pela Corte Constitucional tem o caráter vinculante a todos os órgãos judiciais e à administração pública. Em qualquer situação, é preciso preservar a supremacia da Constituição e a força de sua normatividade, sendo exemplo disto, os efeitos transcendentes da decisão, na sindicância de constitucionalidade, cuja proposta é vincular os demais órgãos do Judiciário, a partir da motivação e fundamentação decisórias, para além da vinculação inerente à parte dispositiva.[21]

Independentemente do método de controle de constitucionalidade, imagina-se ao seu exercício e à defesa dos valores normatizados, uma jurisdição aberta, em que são consideradas as razões de ordem pública, a convivência

21 Por natural temos defendido uma concepção jurídica que se aproxime da realidade; que trabalhe a semântica conjuntamente com a pragmática, em abordagem semiótica. Também não descuramos da imprevisibilidade por certo havida no direito, principalmente quando a norma, os princípios, não excepcionam explicitamente, no que se tem chamado de derrotabilidade normativa. Agora, o manejo destas duas dimensões da linguagem devem buscar as soluções a partir do sistema interno e do âmbito normativo ou do ambiente.

democrática e o espaço público, a esfera pública, no sentido do escólio de Habermas, como requisitos coexistentes à legitimidade das decisões. Realizar a fiscalização de constitucionalidade em nível de jurisdição constitucional é trabalhar preferivelmente com sopesamento de valores (Alexy), com normas em função de valores (Muller), os quais devem ser concebidos enquanto entes discursivos "abertos" em sua estrutura ôntica, como cognoscíveis por uma metodologia discursiva, crítica e dialética. Como vimos, o texto constitucional congrega princípios e normas que incorporam valores abertos, instrumentais e não valores fechados hermeneuticamente, servindo como exemplo as normas dispostas no artigo 5º, caput, - igualdade perante a lei, a moralidade administrativa prevista no art. 37, caput; o art. 1º, III, quanto à dignidade humana; art. 196, saúde pública universal, entre outros. O sistema jurisdicional tem o dever de concretizar e densificar tais condicionantes, por meio da semântica, da interpretação dos textos legais e dos casos apresentados a juízo. Eis um desenvolvimento do qual não se afasta a metódica de Müller, no sentido de que o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo (norma propriamente dita), quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo (realidade social que o texto intenta conformar), pois ambos fornecem de maneira complementar, ainda que de modo distinto, os componentes necessários à decisão jurídica.[22] A concretização, com efeito, é feita por meio de vários elementos: metodológicos; do âmbito da norma e do âmbito do caso; dogmáticos; teóricos; e político-jurídicos. O que importa é que a na saída do sistema a norma de decisão política, em considerar os valores supremos da sociedade, traga em si uma conformação jurídica de justiça.[23]

5 CONCLUSÃO

Não é que se afaste a aplicação da lei e das convenções particulares pela força da Constituição. É que o processo de depuração constitucional exige, requer, sobretudo, a verificação às relações jurídicas entre particulares horizontalmente e entre administrados e administração pública, daquilo resultou do processo cultural de assimilação dos valores da sociedade brasileira. Afinal o Direito se situa na região ôntica da cultura. Nesse contexto, não é demasiado repetir que os valores culturalmente absorvidos foram positivados, em sua grande parte pelo Constituinte, convolando-se em princípios, da mesma forma que, em determinados aspectos, a política do Direito Internacional dos Direitos Humanos restou atendida e observada como exigência social, por meio da

22 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 77.

23 SARAIVA, Paulo Lopo. Campinas: Edicamp, 2002. , p. 221. No seu estudo, o valor justiça somente se realiza, como fim do direito, por meio da concretização, do trabalho do Poder Judiciário.

função de garantia da Constituição de efetivação dos direitos fundamentais, no compasso da afirmação de um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a compreensão da aplicação das leis deve quadrar-se nos pilares da supremacia constitucional, sendo esta destinada não apenas ao julgador mas também às demais funções do Estado, designadamente, ao legislador, ao administrador público e ao governo, eventualmente no posto. Noutra ponta, se ao Estado-Juiz confere corrigir distorções e desequilíbrios, as quais certamente escapam às outras atividades do Estado, não é de causar espécie que a legitimidade do procedimento constitucional de verificação de injustiças incida sobre casos concretos particulares, reparando situações jurídicas ofensivas a direitos fundamentais, em qualquer de suas dimensões. Situaria o campo das relações jurídicas obrigacionais como fértil à aplicação dos comandos constitucionais, no sentido da preservação da isonomia das posições jurídicas distintas.

Há um ponto importante a se alcançar. A vida, utilidade ou inutilidade das leis, dependerá do grau de conformação dos seus dispositivos com a Constituição Federal. Já desde Kelsen, o sentido lógico–jurídico e o jurídico-positivo da Constituição tem preponderado e sido decisivo para a atuação das Cortes Constitucionais e julgamento pelas diversas instâncias judiciais. Leis são produzidas e adentram o sistema, por especial, quando há a predominância do sistema judiciário de sindicância de constitucionalidade, sem a menor sistematização ou coerência com a normatividade constitucional. Exemplificando com o caso brasileiro, certamente chegar-se-á à conclusão de que a produção legislativa não é solução para os problemas da sociedade brasileira, tão grande é o número de leis que existem e a diversidade de finalidades. Com efeito, se uma lei aflora por um processo de subsunção diante de uma situação fática, insta enfrentá-la tomando por parâmetro a Constituição Federal, exercitando a sua leitura com uma visão constitucional. Pensar diferente é subverter a ordem do sistema jurídico, dilapidando o princípio de constitucionalidade. A solução mais adequada sugere que as leis infra-constitucionais sejam aplicadas com os seus conteúdos densificados pela Constituição ou, ao contrário, afastar-se-á a aplicação da lei, revogando-a ou tendo-a por inconstitucional, ajustando a situação-espécie ao sistema jurídico como um todo harmônico.

Está, no confronto das ideias, na ebulição dos fatos e conflitos sociais, nas respostas a angustiantes e decisivos problemas insertos no interior da ordem estatal, o resgate à legitimação básica à busca do equilíbrio e efetividade normativa. A falta de tais predicados, certamente, gerará problemas na saída do sistema, da norma de decisão política, trabalhada, segundo o estudo de Paulo Lopo Saraiva, na dimensão da Justiça, sendo esta corolário da atuação dos Juízes. A Constituição, norma de decisão política, não pode ser refratária dos seus destinatários e dos fatores que justificaram a

sua elaboração, devendo, por isso mesmo, ser símbolo de realização do direito. Por isso, há de ser repudiada a construção de uma aplicação irracional de leis, quando isto gerar prejuízo às emulações constitucionais. Se difícil fica falar em norma-princípio absoluta, em direito absoluto, por igual, a prática de aplicação das regras repudia a minimização dos princípios, no plano da sua dimensão fundamentadora, informadora, interpretativa e de eficácia derrogatória do sistema. Não há a pretensão de rompimento com a positividade do direito; existe, sim, uma preocupação contra a mitigação das qualidades que a função normativa dos princípios agrega à apuração do lícito/ilícito. Se a lei vem sempre após os fatos, a sua aplicabilidade deve se modernizar pela interpretação constitucional. O sistema constitucional é sensível às adaptações e ajustes reivindicados, calibrando a ordem constitucional por meio de processos informais de mutação (os costumes constitucionais são exemplo) ou formalmente, pela ação do Poder Constituinte Instituído, cujo objetivo é modificar a Constituição ou complementar a sua obra. As exteriorizações indicadoras das imbricadas relações entre o Estado e a Sociedade Política, requerem que revisitemos Lassalle, para quem a Constituição deve resultar dos fatores de sua legitimação, dos fatores reais que regem o poder, senão será produção jurídica vã, realmente não passará de uma folha de papel.

A legalidade que é produzida pela Constituição Democrática se convola em legitimidade e em funcionalidade, à proporção que garante efetiva e, portanto, realiza os direitos fundamentais, em qualquer das suas dimensões, e os valores constitucionais como um todo. Tornar realidade os seus comandos escapa a uma mera concepção de licitude ou ilicitude e remete à legitimação, sendo certo que a carência de legitimidade poderá redundar em crises sociais e políticas internas intransponíveis, as quais se contrapõem ao fim de pacificação social objetivado pelo direito. Em tempos atuais, trata-se de matéria que une a ordem jurídica e revela a primazia da proteção internacional do homem, projetando uma só realidade normativa. Tal desiderato, entre nós, foi reconhecido pelo constituinte de 1988, ao proteger direitos fundamentais em sua dimensão objetiva ou garantir o seu desfrute como direito subjetivo público deferido ao cidadão brasileiro. O povo reclama a efetivação de todos os direitos fundamentais, como desdobramento do estado democrático de direito, porquanto com eles se identifica.

E ai avulta a função do Juiz constitucional, com o poder de auspiciar o direito justo e criar sentidos adequados a essa finalidade, fundamentado em normas positivadas, mas com a consciência crítica de que o processo de concretização e a aplicação do direito passam por uma leitura moral da Constituição, segundo as premissas de garantia de igualdade, liberdade e

solidariedade aos cidadãos.[24] A lei é um caminho a ser seguido; a legalidade constitucional é o caminho à realização dos fins de direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid. Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Teoria Geral do Estado e da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRUET, Jean. **A Vida do direito e a inutilidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. La lectura Moral de la Constitución y la premissa mayoritária. Custiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México , n.7, p. 03,52 julio-diciembre 2002.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Princípios e direitos fundamentais. In: **A Constitucionalização do Direito.** SOUZA NETO , Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel.(org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-34.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE. Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional (Selección).** Madrid: Cengtro de Estudos Constitucionais, 1997.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

MULLER, Friedrich. **Métodos do Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

24 DWORKIN, Ronald. La lectura Moral de la Constitución y la premissa mayoritária. Custiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. N. 7, julio-diciembre 2002. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 03/52.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RAMOS, André Tavares. Mercosul : situação atual, dificuldades federativas, tributária e democráticas de integração do Brasil. **Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, 2006.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça**. Campinas: Edicamp, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Mercosul: situação atual, dificuldades federativas, tributária e democráticas de integração do Brasil. **Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Vol. 15, nº 2, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2. ed. 1997.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Carlos Wagner Dias Ferreira[1]

Sumário: 1. Introdução; 2 Influência do neoconstitucionalismo no processo de interpretação; 3. Interpretação dos princípios que proclamam direitos fundamentais; 4. A importância da argumentação jurídica na interpretação dos princípios; 5. Caminhos substanciais da interpretação argumentativa; 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais cristalizados na Constituição de 1988, normalmente, vêm enunciados em forma de diretrizes, declarações axiológicas e cláusulas abertas de conteúdo principiológico ínsitos à condição humana do indivíduo, ostentando, no mais das vezes, o perfil de princípios. Os comandos que os pronunciam, exatamente por essa natureza, nem sempre conseguem apontar com precisão a consequência jurídica que se pretende edificar em proteção à criatura humana.

Se, por um lado, essa imprecisão acarreta óbices à delimitação objetiva do sentido e do alcance dos direitos fundamentais, de outro, concede ao intérprete maior parcela de influência decisória na concretude da norma constitucional. Aliás, a interpretação do Direito tem caminhado a passos largos para abandonar a concepção clássica da hermenêutica do Direito de servir de mecanismo revelador do sentido em si da norma jurídica, adotando, em seu lugar, os métodos encontrados na hermenêutica filosófica, que procura reconhecer, em um único momento, os fenômenos da compreensão, da interpretação e da aplicação.

Mas, ao mesmo tempo em que se procura condenar a interpretação meramente conceitual (jurisprudência dos conceitos), lógico-dedutiva de teor pretensamente objetivo, também não se deve beatificar a intelecção voluntarista do juiz, fundada em aspectos unicamente subjetivos e emocionais.

Não raro se detectam, no repertório jurisprudencial, decisões judiciais baseadas em normas de direito fundamental, construídas a partir de princípios e valores constitucionais, muito comumente, para afastar a aplicação de regras infraconstitucionais, sem que se observe maior zelo e cuidado do intérprete

---

1 Mestre em Direito Constitucional pela UFRN, Professor da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN – FARN, Juiz Federal no RN.

em estabelecer um liame argumentativo direto entre a Constituição e o caso concreto submetido à apreciação jurisdicional.

Comumente, quando se deseja excluir, em dada situação concreta, a incidência de determinada legislação ou dispositivo de nível ordinário que esteja restringindo interesses ou direitos do indivíduo, frequentemente se tem invocado o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), tal como se fosse uma fórmula mágica facilmente aplicável no deslinde de todas as problemáticas suscitadas no ambiente jurídico[2].

Essa prática jurisprudencial, a pretexto de estar realizando a vontade da Constituição, na realidade, abriga odioso subjetivismo e arbítrio judicial. A aplicação dos direitos fundamentais, nesta esteira, transforma o processo de interpretação constitucional em mero querer volitivo do juiz.

De fato, juízes e tribunais, através da utilização de princípios constitucionais, de preferência, aquele de menor densidade semântica possível, como o da dignidade da pessoa humana, terminam por externar as suas vontades subjetivas e os seus desejos voluntaristas mais íntimos, proferindo decisões sem qualquer critério[3]. É relativamente comum detectar decisões judiciais que lançam mão da "carta coringa" da dignidade da pessoa humana, para resolver, com ar de superioridade hierárquico-normativa, a esmagadora maioria dos conflitos que aportam no Poder Judiciário.

---

2 A respeito da utilização inflacionária e exarcebada da dignidade da pessoa humana como recurso à solução de casos concretos, Sarlet (2002, p.102) alerta que "a dignidade não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada". É comum constatar na jurisprudência dos Tribunais a ausência de fundamentação racional no uso do princípio da dignidade da pessoa humana, mas apenas simples referência a ele, nos casos de corte de fornecimento de energia elétrica ou de água pela concessionária de serviço público, de levantamento de saldo de FGTS fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei 8.036/90, ou para pagamento de parcelas de mútuo para aquisição de materiais de construção de casa própria, de proibição de penhora de bens que guarnecem a residência do devedor, de custeio de tratamento de saúde no exterior, de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos a doentes, de concessão *ex officio* de tutela antecipada, de possibilidade de quebra de sigilo bancário, com base em cruzamento de informações, em conformidade com a LC 105/2001, entre outros inúmeros exemplos.

3 Grau (2001, p.122) lamenta a postura da jurisprudência brasileira em interferir nos contratos privados, a ponto de pôr em risco a segurança jurídica, quando proclama que "infelizmente, nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições".

Nesta linha, Mello (2004, p.224) chega a alertar que há um risco implícito de o ativismo judicial transformar a hermenêutica constitucional em *hermenêutica constituinte*, através da qual os juízes, sob o pretexto de estarem interpretando o sentido das normas legais à luz do sentido das normas constitucionais, na realidade, atribuem novos sentidos inteiramente dissociados da norma interpretada, quando recusam a normatividade própria do texto constitucional, para colocar em seu lugar formas de voluntarismo ou de intelectualismo normativos disfarçados de interpretação objetiva.

Daí porque a atividade de integração decisória do intérprete na concreção dos direitos fundamentais deve exigir firme consolidação dos elementos que compõem a argumentação jusfundamental.

À medida que se aumentam as demandas por direitos fundamentais, cresce a necessidade de se colocar limites ao poder hermenêutico dos juízes. E esse suposto ativismo judicial, baseado na concretização de princípios, deve assentar limites justamente no plano da argumentação racional. São as razões jurídicas postas em formato racional que estabelecem as balizas necessárias à interpretação constitucional.

2 INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO

Na era pós-positivista ou do neoconstitucionalismo, nascido na segunda metade do século XX, a Constituição vem assumindo o centro da órbita de um sistema aberto de regras e princípios, admitindo a influência valorativa de ideários, opiniões, pensamentos e interesses plúrimos da sociedade, com repercussões no campo da interpretação constitucional, daí a considerá-la uma ordem objetiva de valores[4], especialmente no tocante aos direitos fundamentais.

---

4 Essa concepção de Constituição como ordem objetiva de valores nasceu com o famoso julgamento do caso Lüth pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ocorrido em 1958. Nesta hipótese, um cidadão chamado Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, na Alemanha, incitou, no início da década de 50, todos os distribuidores de filmes cinematográficos e o público em geral a boicotar o filme lançado à época por Veit Harlan, conhecido cineasta do regime nazista e acusado de ser um dos principais responsáveis pela alienação ideológica a que foi submetido o povo alemão no III Heicht. Harlan e os seus parceiros comerciais ajuizaram, com base no art. 826 do Código Civil alemão (BGB), perante a Justiça estadual de Hamburgo, ação cominatória, postulando que Lüth fosse impedido de continuar a promover o boicote, por estar causando dano a outrem, por ação imoral. As instâncias ordinárias acataram o pedido de Harlan, o que motivou Lüth a ingressar no Tribunal Constitucional Federal com uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao direito fundamental à liberdade de expressão garantido na Lei Fundamental de Bonn de 1949. O Tribunal julgou procedente o pedido veiculado na reclamação e revogou a decisão do Tribunal estadual de Hamburgo, dando prevalência à liberdade de expressão em detrimento da liberdade de exercício da atividade empresarial de promover e divulgar filmes. (SCHWABE, 2005, p.381).

Sanches (2003, p.116-117) aponta como características do neoconstitucionalismo: a) o caráter normativo ou a força vinculante da Constituição; b) a supremacia ou a superioridade hierárquica da Constituição no sistema das fontes do direito; c) a eficácia ou aplicabilidade direta da Constituição; d) o sistema de garantias judiciais previstas na Constituição; e) o alcance da Constituição as todas as relações jurídicas e todas as searas da ordem jurídica e f) a rigidez constitucional. Mas, sem dúvida alguma, a influência mais marcante do neoconstitucionalismo ocorreu no campo da teoria das normas, ao enaltecer o caráter normativo dos princípios.

A força normativa da Constituição, por conseguinte, resulta na concepção de dotar os princípios nele inseridos também de igual força normativa, ao lado das regras constitucionais.

O princípio, por mais que se origine do valor e contribua para sedimentá-lo, encerra a direção da consequência jurídica, constituindo-se em ponto de interseção entre os valores difundidos na ordem jurídica e as regras jurídicas[5], o que permite maior poder de concretização dos direitos fundamentais, embora não se possa afastar a atuação dos valores na renovação dos princípios e das regras, como forma de atualização do Direito na sociedade.

Parece inegável, como bem acentua Silva (2005), que a interpretação constitucional pressupõe um debate acerca da concepção atual do direito e da constituição, do papel do Poder Judiciário no contexto da sociedade, da interação da realidade jurídica com a realidade social, econômica e política do país.

A Constituição de 1988, por seu turno, proclama efusivamente um projeto de transformação da sociedade, sobretudo quando estabelece no art. 3º os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles, a erradicação da pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades regionais e sociais. E, para tanto, reserva ao Poder Judiciário

5 Acerca desse ponto, lapidar é o magistério de Canaris (2002, p.86-87), quando profetiza que: "a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e conseqüência jurídica.* Assim, por exemplo, por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as conseqüências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autônoma e privada das suas relações com os outros. O princípio ocupa pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro; ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as conseqüências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração.

destacado papel na efetivação de um espectro vastíssimo de mecanismos e instrumentos da jurisdição constitucional (ações constitucionais), como, por exemplo, a ação civil pública e o mandado de injunção, para que aqueles objetivos sejam realizados em sua plenitude.

A partir dessa ótica transformadora, o labor intelectivo passou a perder paulatinamente o fôlego de mero reprodutor da realidade jurídica posta no direito positivo, particularmente no patamar legal, e ganhou atributos de instrumento de produção do Direito criado pelas mãos do intérprete. Chegava-se à conclusão de que o juiz, no ato de interpretação, participava ativamente no processo criativo da norma jurídica, sendo reflexo direto da sensibilidade judicante daquele e não decorrente da descoberta daquilo que se achava embutido no ditame normativo.

Essa nova concepção teve destacada repercussão no universo da exegese constitucional, levando-se em conta a natureza peculiar dos princípios encartados no texto da Constituição, que tornaram a tarefa do intérprete de desvendar o sentido e o alcance da norma praticamente impossível. Os mandamentos constitucionais, e em especial aqueles que tocam os direitos fundamentais, justamente por sua abertura semântica em formato de cláusulas jurídicas indeterminadas, não indicam decisões inequívocas do constituinte, nem eventual vontade da Constituição, adstringindo-se, quando muito, a declarar princípios ou diretrizes a serem coletivamente atingidos.

A interpretação, por meio dos princípios, pode até assegurar maior solidez discursiva em relação aos valores na concretude dos direitos fundamentais, porém não escapa das armadilhas de qualquer aplicação judicial.

É certo que os direitos fundamentais das pessoas, pelo seu caráter geral e universal, alcançam toda a vida comunitária e isso representa um bom pretexto, para que se estenda o prestígio e a especial proteção jurídica de que gozam a outras posições e situações cada vez mais longínquas do seu núcleo tradicional de proteger o indivíduo em face do Estado. (ANDRADE, 2004).

Este processo de alargamento, intensivo e extensivo, natural num ambiente de socialização, corre, porém, o risco de exceder-se e transformar-se em um "jusfundamentalismo", dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e de proteção, provocando o amolecimento e a descaracterização do conceito de direito fundamental. Para evitar esse "dirigismo constitucional", impõe-se que a função de todos os preceitos relativos aos direitos fundamentais concentre-se na proteção e na garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo de suas posições ou relações na sociedade, considerados essenciais ou primários. Os preceitos que não atribuem posições jurídicas subjetivas só pertencem à matéria dos direitos fundamentais, se

contiverem normas que se destinem diretamente e, por via principal, a garantir essas posições jurídicas. (ANDRADE, 2004).

Lembra Sarmento (2004, p.6) que não se pode cair na tentação equivocada de, a pretexto de estender a aplicação dos direitos fundamentais a todos os departamentos e áreas jurídicas, terminar "asfixiando a autonomia individual, criando uma atmosfera totalitária, quase *orwelliana*, na qual a multiplicação ao infinito dos deveres constitucionais reduziria a bem pouco a liberdade humana". É certo que os direitos fundamentais devem irradiar efeitos sobre as relações jurídicas em geral, porém requer a observância de uma série de especificidades a serem devidamente consideradas no caso concreto.

Esse rol de particularidades significa, em outras palavras, que o intérprete os leve em consideração no terreno da argumentação racional, seja acolhendo as premissas que o embasarão em sua decisão, seja rechaçando outras alegações que não guardam pertinência com a solução do caso concreto.

3 INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE PROCLAMAM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na interpretação principiológica, para assegurar a efetividade do direito fundamental, será que é possível interpretá-lo até mesmo contra o texto do dispositivo constitucional? A tentação que o princípio provoca no espírito do intérprete estimula a se acreditar que o direito fundamental não desfruta de qualquer limite, podendo ser interpretado até mesmo contra a redação do comando constitucional que o cristaliza. No entanto, a interpretação dos direitos fundamentais, dado relativismo e historicismo que os marcam, acha-se condicionada tanto à letra da Constituição como ao próprio conteúdo e âmbito normativo do bem por eles tutelado.

É inegável a existência de limites fronteiriços no campo textual que se mostram insuperáveis na interpretação dos direitos fundamentais, deles não podendo se furtar, pena de falsear a vontade constitucional. O intérprete tem compromisso com o que está previsto na Constituição, daí porque a exegese livre das amarras impostas pela letra constitucional colocaria em risco a direção normativa que dela propaga, para, em seu lugar, preponderar a sinalização criada pela sua vontade subjetiva e, no mais das vezes, arbitrária.

As restrições redacionais, contudo, estabelecem apenas limites máximos para que não haja uma ruptura completa entre a interpretação e o que diz a Constituição, não se confundindo, portanto, com a interpretação literal ou gramatical. Se a letra constitui-se em embaraço a incrementação na comunidade social do vigor concretizante do direito fundamental, o intérprete deverá apurar se a intelecção inovadora dada tem a potencialidade de romper definitivamente

com o que a Constituição proclama. Isso ocorre, com maior nitidez, quando a exegese nega o que afirma a Constituição. Em não se verificando esse risco, o alcance e a delimitação do direito fundamental dependem da capacidade criativa do intérprete.

Hesse (1998) sustenta ser esse limite pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição, evitando, assim, um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação por interpretação que não seja fruto da mutação constitucional, de sorte que, onde o intérprete passa por cima da Constituição, não se realiza mais interpretação, senão ruptura constitucional. O juiz, para Hesse, não está livre para escolher as premissas ou os *topoi*, já que, por mais que se valha da sistemática concretizante, encontra-se vinculado à Constituição. Do contrário, o juiz teria mais poderes do que aqueles outorgados pela Lei Maior, o que significaria subverter a própria lógica da supremacia constitucional.

Assim, não se admite que o aplicador da norma manipule a seu bel-prazer a semântica das palavras insertas no texto constitucional, criando conteúdos novos, estendendo o seu fio condutor para argumentar contrariamente ao que diz expressamente a Constituição.

Esses limites de ordem textual no processo de interpretação dos direitos fundamentais valorizam a supremacia do texto da Constituição, porém, longe de acorrentar os braços do intérprete, também permitem e até fomentam o uso da argumentação jusfundamental na delimitação do conteúdo e da extensão dos óbices aparentemente impostos pela dicção constitucional.

Mas ainda há outro aspecto extremamente essencial no processo de interpretação de princípios que proclamam direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, por essência, vivem em permanente relação de tensão, de conflituosidade, mormente nas relações privadas. Um exercício de um direito fundamental por um indivíduo pode significar a mitigação de um outro direito igualmente fundamental por outro indivíduo. E isso só se resolve por meio de técnicas de ponderação de bens, valores e princípios constitucionais. A ponderação, por sua vez, só se realiza mediante a exposição de razões e motivos em prol da primazia de cada direito fundamental, o que revela que somente ocorre em meio à argumentação jusfundamental.

4 A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A interpretação dos princípios que proclamam direitos fundamentais exige, portanto, a exposição de argumentos que os corporifiquem, dando-lhes conteúdo e densificação suficiente para a adequada aplicação ao caso concreto,

de modo a minimizar, ao menos, subjetivas e arbitrárias impressões do intérprete judicial a respeito da matéria.

Alexy (2007) evidencia o relevo da argumentação jurídica, por entender que a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas e a falta de normas sobre as quais a decisão deixa de se apoiar e da chance de, em casos especiais, também decidir contra o texto da norma, não podem esperar que se tenha um sistema de normas tão perfeito que um simples caso possa ser solucionado por meio da subsunção do fato à regra.

A interpretação dos direitos fundamentais não pode se traduzir nem se reduzir ou mesmo se confundir com a mera aplicação ao caso concreto. Deve ir além mais do que isso. O processo hermenêutico também há de contemplar como elemento essencial e integrante a argumentação racional, notadamente quando se está a aplicar direitos fundamentais de nítida feição principiológica.

A interpretação não depende apenas dos olhos e da autoridade de quem a vê, mas sobretudo da coerência discursiva da palavra de quem a profere. A interpretação floresce da maior ou menor capacidade do intérprete de discursar argumentativamente a letra do objeto a ser interpretado. A interpretação da norma jurídica produz o mesmo efeito daquele comentário explicativo e inovador de quem observa uma obra de arte de traços abstratos e confusos. Embora conheça a história do artista, as suas inquietações, angústias e, principalmente, a sua intenção na feitura da obra, consegue-se interpretá-la muito melhor na riqueza discursiva do pensamento da pessoa que expressa as melhores palavras argumentativas. É na atualização do discurso argumentativo produzido pelo intérprete que se renova a importância da obra.

A própria existência do direito fundamental depende da argumentação que o corporifique. Não basta aplicar, mas também argumentar, no momento da aplicação, delineando o conteúdo, justificando racionalmente a estrutura normativa, com alicerce em determinados referenciais ou pontos de sustentáculo. Interpretar direitos fundamentais não se adstringe a aplicar, pois pressupõe argumentar essencialmente princípios. Enfim, interpretar é argumentar por princípios.

No plano dos direitos humanos, é interessante registrar o pensamento de Morchón (1992), quando aponta quatro justificativas racionais para a adoção da argumentação racional, como mecanismo imprescindível da interpretação: 1ª) é absurdo defender uns valores e não saber o porquê (razão ética); 2ª) determinado motivo ou fundamento delimita o conteúdo concreto, em uma ou outra direção, dos direitos humanos (razão lógica); 3ª) resulta francamente ridículo e inaceitável que os teóricos apresentem teorias sobre os direitos sem fundamentá-las (razão teórica); e 4ª) para levar à prática ditos direitos, é preciso, pelo menos, ter idéias claras (razão pragmática).

Na exegese principiológica dos direitos fundamentais, a sistemática de aplicação descansa em modelo de fundamentação essencialmente arquitetado a partir de argumentos. Nesta linha de pensamento, a professora lusitana Queiroz (2002) nega que a fundamentação encerre um conjunto de regras ordenadas ou hierarquizadas de forma coerente, defendendo que o processo interpretativo compreende a um "feixe" ou conjunto de "razões" que justificam os preceitos constitucionais. E, nesses termos, oferece apoio às decisões produzidas, permitindo a racionalização do discurso jurídico prático-geral.

Mas é certo que as razões postas para tornar existente o direito fundamental devem possuir natureza eminentemente jurídica, não se admitindo cair na tentação sempre recorrente na práxis pretoriana de se socorrer ao bom senso e ao sentido de justiça pessoal de que falam Barroso; Barcellos (2005), para servir de pretexto a defender a legitimidade da interpretação dada à Constituição, quando, em verdade, os elementos da ordem jurídica são substituídos por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade.

A aceitação da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na resolução de hipóteses fáticas, por exemplo, requer muito mais adequação argumentativa da essência desse direito fundamental do homem à hipótese fática do que da vontade do intérprete em dar concreção à Constituição. A simples invocação da dignidade da pessoa humana não exonera o intérprete de justificar racionalmente a sua incidência no caso concreto.

Inclusive, ao se decidir por um dos métodos ou princípios, o intérprete, na esteira do pensar de Silva (2005), deverá arcar com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e de sua primazia. Não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua idéia básica.

Interpretar é refinar o pensamento do texto normativo em forma de discurso jurídico. A interpretação dos direitos fundamentais encontra base firme e sólida na consistência e na robustez da argumentação jusfundamental. Só a argumentação proporciona o grau de concreção dos direitos fundamentais. Sem ela, inexistem os próprios direitos fundamentais.

A teoria do discurso, embora não tenha bases inequívocas para sedimentar hierarquizações valorativas ou principiológicas rígidas, constitui-se em veículo que pode conduzir o intérprete a vários pontos e locais próximos aceitáveis como o endereço dos direitos fundamentais.

5 CAMINHOS SUBSTANCIAIS DA INTERPRETAÇÃO ARGUMENTATIVA

Considerar a interpretação jusfundamental como ato de argumentação, à semelhança da aplicação, não a escapa da armadilha de se deparar com intelecções principiológicas intimamente resultantes da intuição ou da vontade

pessoal do intérprete, frustrando a própria Constituição, o que reclama, em virtude disso, a fixação de referenciais mínimos que auxiliem nesse processo.

É forçoso reconhecer que o problema central no estudo da teoria da jusfundamentação racional não repousa tanto em admiti-la, porém em saber de que forma poderia se aferir e eventualmente neutralizar contornos dos direitos fundamentais que extrapolassem os limites e as essências previamente traçadas na Constituição. De que maneira é possível com lastro na teoria do discurso extrair elementos que norteiem a argumentação dos direitos fundamentais[6]

Tecer argumentos a respeito de dado direito fundamental, da mesma forma do que ocorre mais comumente com os valores, poderia abrir mais espaço para o intérprete aplicá-lo indistintamente a qualquer problemática fática. Correr-se-ia o risco de que, nas teias da argumentação marcada por articulações de princípios, prevalecesse o tom retórico das palavras em conexão, acabando por conferir bem mais liberdade ao intérprete, para criar conteúdos e essências aos direitos fundamentais totalmente dissonantes daqueles preconizados pela Constituição.

Neste sentido, para ser timbrado de racional, a interpretação jusfundamental necessita de alguns parâmetros encontrados na própria Constituição.

Em princípio, todo direito fundamental, em última análise, objetiva tutelar algum bem ou valor da vivência e da maturidade da sociedade que a Constituição optou por consagrar e essa finalidade influi decisivamente no traçado de seus limites materiais. Essa análise diz respeito à área ou âmbito de proteção de um dado direito fundamental. A discussão, neste particular, é saber que situações fáticas a Constituição se preocupa em proteger. Essa apreciação só se desvencilha argumentando que circunstâncias se encontram fora ou inseridas na área de proteção do direito fundamental.

---

6 Alexy (1995, p.98-99), em obra específica em que aborda a aplicação da teoria do discurso nos direitos humanos, ao identificar esta dificuldade, destaca três classes de fundamentação teórico-discursiva, quando ensina que: "El problema se refiere a cómo pueden fundarse derechos humanos directamente sobre la base de la teoria del discurso. Una deducción directa de los derechos humanos de las reglas del discurso no es posible. Muchos autores lo han intentado se han equivocado. Las reglas del discurso son meramente reglas de habla. Atenerse a ellas significa sólo que a los otros *en el discurso*se da ele trato de interlocutores com los mismos derechos. De esto todavia no se desprende que al outro sin más, esto es, también en la esfera de la acción tenga que reconocérsele como persona. De un reconocimiento pragmático-lingüístico no se sigue aún ningún reconocimiento moral o jurídico. Para alcanzar las reglas de la acción de las reglas del discurso son sin embargo necessarias otras premisas. Estas premisas ulteriores tienen que pertenecer a la teoria del discurso, si deben operar para uma fundamentación teorético-discursiva, inmediata, que lleve a la necessidad discursiva em sentido estricto. Se pueden, en cada caso conforme a las premisas adicionales que se escojan, diferenciar tres clases de fundamentaciones teorético-discursivas directas de los derechos humanos: el argumento de autonomia, el de consenso y el de democracia".

Um dos mais recentes e palpitantes debates em que se debruçou o Supremo Tribunal Federal a respeito do âmbito de proteção de um direito fundamental ocorreu no caso da Lei de Biosegurança (Lei nº 11.105/2005), em que se discutia a constitucionalidade das pesquisas científicas em células tronco-embrionárias, nos termos do art. 5º. Na hipótese, buscava-se o reconhecimento, na ADI, do direito à vida das células tronco-embrionárias. No voto do relator, ficou bem evidente que as células tronco-embrionárias, tal como estipulava a Lei 11.105/2005, por mais que ostentassem vida, não eram protegidas pelo direito à vida previsto na Constituição, pois, entre outros argumentos, não tinham a potencialidade de se transformar em vida humana. Daí o motivo de não gozarem na tutela constitucional[7].

Note-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, precisou tecer razões para considerar que o direito à vida contemplado na Constituição de 1988 não protegia a vivacidade das células tronco-embrionárias.

Na esteira do saber de Andrade (2004), os limites ínsitos aos direitos fundamentais decorrem da especificidade de cada bem jurídico, exigidos na defesa da parcela da realidade social incluída na respectiva hipótese normativa (a expressão, a imprensa, o domicílio, a fé religiosa, a família, a propriedade, a profissão)[8]. Assim, a liberdade de expressão só pode tutelar o livre direito de opinar, de pensar e de externar a palavra e nada mais. O mesmo se depreende dos demais direitos relacionados às variadas maneiras de expressão do valor da liberdade, cada uma se vinculando à sua temática específica.

De igual forma, todo direito fundamental apresenta um núcleo mínimo essencial que o diferencia dos demais. No processo exegético, deve-se sempre aferir a possibilidade de eventual comprometimento da essência do direito fundamental e só argumentativamente isso é possível. A tarefa do intérprete será examinar se a medida restritiva avaliada consegue atingir a essência que caracteriza o direito fundamental, a ponto de desfigurá-lo e não ter mais condições de reconhecê-lo como tal no mundo jurídico.

Partindo da essência da dignidade da pessoa humana como impossibilidade reduzir o homem a um mero objeto, será que o levantamento de saldo de FGTS para pagamento de parcelas de mútuo para aquisição de materiais de construção de casa própria, ou mesmo a proibição de penhora determinados bens supérfluos que guarnecem a residência do devedor podem

7 ADI 3510/DF, Plenário, Rel. Min. Carlos Brito, maioria, j. 28 e 29/5/2008.

8 E, na seara jurídica, enquanto limites de conteúdo, defende Andrade (2004, p.292-293) que "a proteção constitucional não abranja todas as situações, formas ou modos de exercício pensáveis para cada um dos direitos, designadamente no caso das liberdades (como aconteceria se a Constituição os concedesse aos indivíduos para que deles fizessem uso como bem entendessem)".

ser enquadrados em hipóteses de ofensa àquele princípio fundamental? Ao que tudo indica, não. Pelo menos diretamente a dignidade da pessoa humana não pode dar guarida à fundamentação racional de situações práticas como essas, pois em nada ameaçam a sua essência. Mesmo que se neguem tais pleitos, o homem, em momento algum, perderá a sua condição humana e transformar-se-á em objeto despersonalizado.

Por sua supremacia axiológica, a dignidade da pessoa humana somente merece ser invocada em casos excepcionais nos quais não existir direito fundamental peculiar à situação trazida à apreciação, e não servir de panaceia para todos os males, mormente quando se quer manifestar vontade pessoal e subjetiva no deslinde da hipótese.

Mas é claro que a argumentação interpretativa dos direitos fundamentais, ao menos, deve ser aceitável ou justificável, afastando aquele mito da única resposta correta tão idealizado por alguns[9]. Neste palmilhar, vale transcrever a lição de Grau (2005, p.35), quando propugna que

> o intérprete atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da conseqüência [Comparato]: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz]. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução [Heller].

Sem esses qualificativos, a interpretação dos direitos fundamentais não passaria de mera retórica argumentativa muito mais fiel aos sentimentos e desejos íntimos do intérprete do que compromissada com os parâmetros norteados pelo discurso racional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desses apontamentos, podem ser sintetizadas as seguintes premissas à guisa de conclusão a respeito do processo de interpretação dos direitos fundamentais, baseado na argumentação racional por intermédio dos princípios:

9 Nesta corrente insere o pensamento de DWORKIN, 2002; STRECK, 2006.

a) À medida que se aumentam as demandas por direitos fundamentais e o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à atividade legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao poder hermenêutico dos juízes, por meio da necessidade da argumentação jusfundamental;

b) O processo de alargamento cada vez maior dos princípios na aplicação judicial, intensivo e extensivo, natural num ambiente de socialização, porém corre o risco de exceder-se e se transformar em um "jusfundamentalismo", dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e de proteção, provocando o amolecimento e a descaracterização do conceito de direito fundamental. Daí a necessidade de o intérprete levar em consideração particularidades no terreno da argumentação racional;

c) Não se admite que o aplicador da norma manipule a seu bel-prazer a semântica das palavras insertas no texto constitucional, criando conteúdos, estendendo o seu fio condutor para argumentar contrariamente ao que diz expressamente a Constituição;

d) Interpretar é refinar o pensamento do texto normativo em forma de discurso jurídico. A interpretação dos direitos fundamentais encontra base firme e sólida na consistência e na robustez da argumentação jusfundamental. Só a argumentação proporciona o grau de concreção dos direitos fundamentais. Sem ela, inexistem os próprios direitos fundamentais;

e) Todo direito fundamental, em última análise, objetiva tutelar algum bem ou valor da vivência e da maturidade da sociedade que a Constituição optou por consagrar e essa finalidade influi decisivamente no traçado de seus limites materiais. Essa análise diz respeito à área ou âmbito de proteção de um dado direito fundamental. A discussão, neste particular, é saber que situações fáticas a Constituição se preocupa em proteger. Essa apreciação só se desvencilha argumentando que circunstâncias se encontram fora ou inseridas na área de proteção do direito fundamental;

f) O direito fundamental apresenta um núcleo mínimo essencial que o diferencia dos demais. No processo exegético, deve-se sempre aferir a possibilidade de eventual comprometimento da essência do direito fundamental e só argumentativamente isso é possível. A tarefa do intérprete será examinar se a medida restritiva avaliada consegue atingir a essência que caracteriza o direito fundamental, a ponto de desfigurá-lo e não ter mais condições de reconhecê-lo como tal no mundo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Teoria del discurso y derechos humanos. In: _____. **Teoria del discurso y derechos humanos.** Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional:** teoria e direito público. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 41.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos?. **Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho,** Curitiba, n.18, p.121-130, jun. 2001.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORCHÓN, G. Robles. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual.** Madrid: Civitas, 1992.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais:** teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. (Teses e Monografias, 4).

SANCHES, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWABE, Jurgen. Os cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. MARTINS, Leonardo (Org.). **Programa estado de derecho para sudamérica.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.) **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A DIMENSÃO ANTROPOÉTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: ELEMENTOS PARA COMPREENSÃO DA DIGNIDADE PLANETÁRIA OU DIGNIDADE INTEGRAL[1]

Lenice S. Moreira de Moura[2]

O que é o homem na natureza?
Um nada em relação ao infinito,
um tudo em relação ao nada.
Um meio entre o nada e o tudo [...]
Ele está infinitamente distante de compreender os extremos,
o fim e o princípio das coisas.
Incapaz também de ver o nada de onde é tirado
e o infinito que o engole.
Pascal

Sumário: 1. Prelúdio; 2. Compreensão do Princípio da Dignidade Humana a luz do trinômio indivíduo-sociedade-espécie; 3. Dignidade humana e o pensamento complexo; 4. Por um diálogo transcultural: Perspectivas para a compreensão da dignidade humana em sua universalidade concreta; 5. Allegro. 6. Referências.

1 PRELÚDIO

Com inspiração na idéia de religação entre Ciência e Arte, designamos nossa "introdução" e nossas "considerações finais" como *Prelúdio* e *Allegro*, respectivamente. Utilizamos a metáfora de uma obra musical, onde o *Prelúdio* é a peça introdutória da *Suíte*, a qual anuncia os próximos movimentos, apresentando as reflexões de base que atribuem sentido ao texto ora decantado. Por sua vez, o *Allegro* trata-se da melodia final, a qual enfatiza a dimensão

1 O conteúdo do artigo consta, em parte, das reflexões da tese: Sobre a Dignidade Humana: Prelúdio para uma abertura das Ciências Jurídicas, defendida no dia 01\09\08 junto ao Programa de Doutorado em Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte perante banca examinadora composta pelos seguintes membros: Dra. Maria da Conceição Xavier de Almeida (Orientadora -UFRN), Dra. Jania Lopes Saldanha (Titular Externo - UFSM\UNISINOS), Dr. Paulo Lopo Saraiva (Titular Interno – UFRN), Dra. Josineide Silveira de Oliveira (Titular Externo – UERN), Dra. Norma Missae Takeuti (Titular Interno - UFRN).

2 Doutora em Ciências Sociais pela UFRN, Pesquisadora do GRECOM – Grupo de Estudos da Complexidade/UFRN, Mestre em Direito da Integração Regional – UFSM/RS, Especialista em Direito Empresarial – UNISINOS/RS, Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte- FARN, Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito da Faculdade de Natal-FAL e Advogada.

antropoética da Dignidade Humana, relacionando-a ao ideal de fraternidade e de solidariedade ecológica.

A pesquisa que gerou o presente artigo foi produzida junto ao Grupo de Estudos da Complexidade, vinculado aos programas de Mestrado e Doutorado em Educação e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. No GRECOM, somos fertilizados pelo sonho de produzir Ciência inspirados na literatura, na poesia, na música. Construímos a Arte de uma Nova Ciência na convicção de que precisamos habitar poeticamente o mundo científico do direito, no intuito de humanizar as ciências jurídicas e na perspectiva de esgarçar a disciplinaridade do Direito para uma percepção mais totalizante da condição humana.

Procura-se problematizar o Princípio da Dignidade Humana em sua multidimensionalidade, de forma não exclusivamente individual e antropocêntrica, mas intersubjetiva e planetária, o que denota que tal compreensão transcende propriamente o humano, para contemplar a dignidade de um sujeito implicado no mundo. Nesse contexto, busca-se enfatizar a dimensão antropoética do referido princípio.[3]

Não se trata, entretanto, de fundar-se em uma ideia abstrata, mas de buscar-se a construção da universalidade concreta de tal compreensão, o que significa contextualizar a face de uma identidade planetária do homem, considerando-se, ademais, sua natureza triúnica, que comporta as relações dialógicas e complementares entre indivíduo, sociedade e espécie.

A história humana hoje exibe uma realidade planetária como algo concreto, pois o destino global do planeta está em interconexão com os destinos das nações e os destinos individuais da cidadania planetária. Tal concepção "deve despertar, nos habitantes da Terra, a consciência de pertencimento a 'um só povo', apesar das diferenças de costumes, de cultura, de história, de língua, de raça etc." [4]

Em face disso, a partir do método transdisciplinar e dialógico da complexidade, buscamos compreender a dignidade humana como expressão de uma ética de religação entre o singular (indivíduo) e o universal (comunidade planetária).

---

3 Conforme pensamento complexo, a antropoética se constitui na compreensão de uma ética para a espécie humana, fundada na responsabilidade e na solidariedade como fonte original da fraternidade. A antropoética emerge do fortalecimento da parte adormecida do espírito humano, geradora do altruísmo. A antropoética, como ética para a compreensão da condição humana, abrange a ideia de antropolítica, a qual busca o desenvolvimento do homem na unidade planetária. (MORIN, 2005, p. 35)

4 IKEDA, Daysaku. DE ATHAYDE, Austregésilo. **Direitos Humanos no Século XXI.** Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 194

2 COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA À LUZ DO TRINÔMIO INDIVÍDUO-SOCIEDADE-ESPÉCIE

Propugnamos a compreensão do princípio da dignidade humana em face da unidade múltipla que compõe o trinômio indivíduo-sociedade-espécie[5] como fundamento da concepção antropológica complexa sobre ética, cultura e sociedade.

Incorporar tal fundamento na base da compreensão desse Princípio Constitucional produz desdobramentos que tecem o fio argumentativo do presente estudo. Para Morin, conforme Conceição Almeida, há três dimensões que fundam uma nova compreensão da ética: "uma fonte interior ao indivíduo, que se manifesta como um dever; outra externa, constituída pela cultura, e que tem a ver com a regulação das regras coletivas; e, por fim, uma fonte anterior, originária da organização viva e transmitida geneticamente".[6]

A compreensão da dignidade humana tem, pois, um componente individual, emergindo como um imperativo ético do sujeito (indivíduo); um componente cultural, engendrado pelo direito como manifestação da cultura (sociedade) e um componente antropoético, como expressão de uma ética para a espécie humana, visando interligar a ética do universal e a ética do singular (espécie). Tal concepção da fonte originária da ética da organização viva da espécie, que é anterior ao indivíduo e à sociedade, fundamenta a inseparabilidade entre o homem e a natureza, o que permite uma compreensão não meramente antropocêntrica da dignidade humana, mas intersubjetiva e planetária.

O Princípio da Dignidade Humana não deve ser concebido exclusivamente em seu caráter abstrato, como enunciado congelado na norma constitucional e proclamado exaustivamente em inúmeros tratados e declarações internacionais de direitos humanos. Deve ser compreendido como experiência vivida pelo sujeito na sua condição de humanidade, para além do texto legal e para além de uma visão antropocêntrica da dignidade.

Tal perspectiva multidimensional revela profundos paradoxos inerentes à própria condição humana. As dimensões da dignidade humana se entrecruzam em um todo complexo, que nos oferece múltiplas entradas, ao mesmo tempo contraditórias, opostas, antagônicas, mas complementares, as quais implicam numa percepção inacabada, em constante mutação e criadora de emergências, pois na nossa condição de humanidade "há uma história cosmológica, no

---

5 O trinômio indivíduo-sociadade-espécie transpassa toda obra de Edgar Morin na busca pela compreensão das relações dialógicas entre o sujeito, a sociedade e a espécie humana. Ver, especialmente, Morin (2003b) e Morin (2005a).

6 ALMEIDA, Maria da Conceição Xavier. O método 6: Ética. **Revista Famecos,** Porto Alegre, n. 27, p. 139-143, ago. 2005, p.139.

interior da qual há uma história da matéria, no interior da qual há uma história da vida, no interior da qual há, finalmente, nossa própria história" (PRIGOGINE apud ALMEIDA, 2004, p.79).

Essa condição de constante emergência da humanidade, com reflexos na percepção de sua própria identidade e dignidade, é enfatizada por Almeida:

> [...] Desse lugar referido por Ilya Prigogine (o interior do interior), o homem gesta sua própria vida, acometido de todas as incertezas, ordens, desordens, acasos e flutuações que igualmente acometeram o tempo que precedeu o aparecimento da espécie e a história cultural por nós herdada. (ALMEIDA, 2004, p.79)

É preciso compreender o referido preceito constitucional a partir da constante reconstrução ontológica e cultural, o que implica em bifurcações resultantes de múltiplas perspectivas.

De acordo com essa concepção, a dignidade é expressão da condição da própria humanidade, que reflete, simultaneamente, a dimensão ontológica e cultural, constituindo-se como uma natureza híbrida (LATOUR, 1994). A pesquisa conduz à defesa da tese da multidimensionalidade da condição humana, que se revela de forma não meramente individual e antropocêntrica, mas intersubjetiva e cósmica, o que implica dizer que a compreensão fenomenológica (MERLEAU-PONTY, 2006) do referido princípio transcende o humano para contemplar a dignidade do não-humano, ou seja, do conjunto de relações entre os homens e as coisas do mundo. Numa perspectiva macroscópica (ROSNAY, 1997), o Princípio da Dignidade Humana compreende a Dignidade Planetária.

Dessa forma, torna-se necessária a contextualização da face de uma identidade planetária do homem. Inserida como questão fundamental na presente reflexão, a Dignidade Planetária figura como uma dimensão ampliada da dignidade de um sujeito implicado no mundo. Essa concepção foi construída a partir dos pressupostos teóricos das obras de Edgar Morin, Hannah Arendt, Daisaku Ikeda, Merleau-Ponty e Michel Serres.

Especialmente nas obras Introdução à Política do Homem, Terra-Pátria, O Método 5 (A humanidade da humanidade) e O Método 6 (Ética), Morin nos convida à reflexão sobre a identidade planetária do homem ao enfatizar as dimensões antropolítica e antropoética em defesa de uma ética que busque, simultaneamente, o reconhecimento da condição humana no mundo e a realização da unidade planetária na diversidade, através da fraternidade ecológica. Hannah Arendt (1981), por sua vez, desperta-nos para a compreensão de que a Terra é a própria quintessência da condição humana,

pois sua natureza é singular no universo, a única com a capacidade de oferecer aos seres humanos um *habitat* no qual eles podem viver.

O mestre Ikeda (2003) revela a percepção da Unicidade Cósmica que integra o homem ao ambiente em que vive como expressão da realidade que forma uma unidade indivisível ou unidual e nos impulsiona a coexistir pacificamente com todas as formas de vida. Merleau-Ponty (2006), na obra A Fenomenologia da percepção, enfatiza a interação profunda entre o homem e a natureza, entre a subjetividade e o mundo exterior, reconhecendo que o fluxo da natureza encontra-se no centro da subjetividade. Para Michel Serres, "a humanidade flutua no espaço como um feto no líquido amniótico, ligado à placenta da Mãe-Terra através de todos os canais de alimentação" (SERRES, 1990, p.189). Na obra O Contrato Natural, o referido autor defende a necessidade de se estabelecer um Novo Contrato, capaz de fazer nascer em nós a natureza que nos deu vida.

Tais percepções, fundadas no paradigma ecológico, conduzem à compreensão do Princípio da Dignidade Humana de forma integrada à Dignidade Planetária. Assim, podemos afirmar a existência da Dignidade Humana Planetária ou, ainda, da Dignidade Integral que deve constituir-se no centro antropoético das ciências jurídicas.

Dado o inacabamento da construção humana, não se conhecerá, em sua plenitude, a textura fenomenológica da dignidade. Sua percepção possível, no Direito, dá-se com a constante problematização como fundamento principiológico, mediante permanente diálogo com concepções metajurídicas, oriundas de outras manifestações do conhecimento.

Percebe-se, por outro lado, no âmbito das representações do Direito, a existência de precedentes jurisprudenciais que acabam por produzir o esvaziamento do sentido antropoético e antropolítico do referido princípio, conforme se observa no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3a, Região, citado a seguir.

> EMENTA: DANOS MORAIS. TRANSPORTE INADEQUADO. AUSÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto a transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. **Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte de ser humano** (grifo nosso), não constando do relato

> bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos) [...] Dou provimento para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais em face da ausência de ofensa à dignidade humana. [...] Fundamentos pelos quais, ACORDAM os juízes do Tribunal Regional da Terceira Região, pela sua Sétima Turma, unanimemente, conhecer o recurso para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais. Belo Horizonte, 13 de março de 2003. (TRT da 3a Região, Recurso ordinário 484/03, publicado em 25/03/2003 no Diário Oficial, Juiz Relator Milton Vasques Thibau de Almeida)

A fundamentação desse acórdão revela, em parte, as razões que motivaram profunda perplexidade sobre a aplicação do Princípio da Dignidade Humana pelo Poder Judiciário em casos concretos, demonstrando a necessidade precípua de melhor trabalhar essa importante temática sócio-jurídica.

Conforme observado, o tribunal considerou que o transporte de seres humanos em meio a fezes de bovinos e suínos não viola a condição humana! O mais grave nesse acórdão é a utilização de uma passagem bíblica que revela a responsabilidade do homem pela preservação da criação, na sua missão integradora com a natureza, como recurso hermenêutico para justificar, às avessas, o transporte em condições subhumanas, negando, assim, a aplicação do Princípio Constitucional no seu aspecto fenomenológico, isto é, como experiência vivida no caso concreto, para além da abstração da norma jurídica.

3 DIGNIDADE HUMANA E O PENSAMENTO COMPLEXO

Todas as ciências e todas as artes iluminam, a partir de ângulos específicos, o fenômeno humano e a compreensão da dignidade humana. Entretanto, conforme o pensamento científico tradicional, "esses focos de luz estão separados por profundas zonas de sombra, e a unidade complexa da nossa identidade escapa-nos" (MORIN, 2003b, p.16). Daí a necessidade da convergência das ciências e das humanidades para restituir a multidimensionalidade da percepção da condição humana. Em oposição à fragmentação do homem pelas ciências modernas, este artigo propõe a compreensão do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana não

exclusivamente em sua perspectiva jurídico-constitucional, mas, especialmente, em face das múltiplas dimensões humanísticas, éticas, culturais e políticas.

Ocorre que, "ao desintegrar o homem, elimina-se a interrogação sobre a identidade humana. Precisamos reaprender a questioná-la" (MORIN, 2003b, p.16-17). Para compreender a condição humana, é preciso estilhaçar a separação das ciências em disciplinas compartimentadas, especialmente as ciências jurídicas, fazendo-as dialogar com as ciências sociais, a política e a arte.

Por isso é necessário um olhar sobre tal Princípio Constitucional que seja capaz de juntar e organizar os componentes culturais, sociais, individuais da complexidade humana e inserir uma reflexão humanística não antropocêntrica. Consta-se, nesse sentido, também a necessidade de uma abordagem existencial de tal princípio, aberta à alteridade, ao amor, à incerteza, ao paradoxo, à emergência.

Toda reconstrução do exclusivamente humano é uma simplificação, uma teleologia antropocêntrica, um narcisimo sem sustentação. Fazer o caminho epistemológico da cultura para natureza talvez permita uma compreensão mais complexa da natureza humana. A partir daí poderemos compreender a relação dos campos de sentido que fazem de uma rã uma rã, de uma borboleta uma borboleta, de um humano um humano. (ALMEIDA, 2002a, p.56)

Observa-se que a ideia fundante do referido princípio emerge da própria condição de humanidade, a qual é resultado da confluência entre os aspectos da natureza e da cultura. Logo, a concepção de dignidade tem origem híbrida (natural e cultural). Como natureza, apresenta-se ontologicamente como categoria ética, intrínseca à condição do sujeito. Como cultura, sua compreensão encontra-se em permanente construção.[7]

Segundo Morin (1980), o homem social, fruto da cultura, é inadaptado a seu destino biológico de ser mortal; o homem biológico é inadaptado a seu destino social de ser reprimido. Essa dupla inadaptação projeta o homem em seus delírios, ao mesmo tempo lança-o no vir-a-ser.

Partindo-se da premissa de que o homem é um permanente vir-a-ser, que se constitui nas relações com o outro, sendo engendrado pela cultura que o constitui, mas que também é constituída por ele, constata-se que a própria concepção de de dignidade também é produto de uma construção cultural.

Tal fato levanta a questão a respeito da dependência cultural das noções de dignidade humana, o que levaria, por exemplo, à admissão de que o

7 Lévi-Strauss (1982, p.41) sustenta a impossibilidade da dicotomia e distinção entre estado de natureza e estado de sociedade (cultura). Ocorre que "o homem é um ser biológico ao mesmo tempo em que é um ser social", sendo, portanto, produtor e produto da cultura, bem como resultado das manifestações da natureza, intrínseca à sua estrutura natural e cultural. Para a compreensão do sujeito e da atividade humana, é preciso perceber a integração entre as fontes naturais e culturais do seu comportamento.

tratamento discriminatório e castrador conferido às mulheres islâmicas não seria atentatório ao aludido princípio protetivo porque é próprio da cultura islâmica a sua propagação. Sob o mesmo argumento, poder-se-ia, por hipótese, chegar ao absurdo de admitir o canibalismo em determinada tribo por se considerar uma prática culturalmente válida, em face de seu estágio "primitivo" de desenvolvimento civilizatório. Logo, há limites para o relativismo cultural diante de práticas atentatórias à dignidade, assim consideradas de forma universal, devendo-se buscar medidas eficazes de interdição social.

Tais reflexões sugerem a existência de um núcleo intangível, absoluto, de proteção da condição humana, que deve ser preservado de forma universal, independentemente das múltiplas concepções culturais existentes.

Quem é o sujeito humano de que falamos? Em que se constitui a condição humana desse sujeito?

Para Morin (2003b), o ser humano é plenamente físico e metafísico, biológico e metabiológico, constituindo-se de uma pluralidade, de uma justaposição das seguintes trindades: "a trindade indivíduo-sociedade-espécie; a trindade cérebro-cultura-mente e a trindade razão-afetividade-pulsão; ela própria expressão e emergência da triunicidade do cérebro que contém as heranças dos répteis e dos mamíferos" (MORIN, 2003b, p.51).

Tal percepção complexa da condição humana é um divisor de águas no mar das inúmeras interpretações filosóficas clássicas, que aprisionam a compreensão da dignidade humana no domínio da individualidade e da singularidade do sujeito.

Para Almeida (2005), a tríade indivíduo-sociedade-espécie e as dialógicas natureza-cultura e individual-coletivo inauguram um olhar complexo sobre a condição humana, pautada no entrecruzamento da história da vida, da história da cultura e da história individual.

Nesse entrecruzamento dialógico, a dignidade humana se constitui das interações entre o indivíduo, a sociedade e a espécie, não podendo mais ser encarcerada no âmbito individual e intersubjetivo apenas. Isso significa que a dignidade do homem transcende a percepção individualista e antropocêntrica, passando a compreender a relação do homem com a natureza e com o cosmos.

O fato é que precisamos desenvolver a consciência de que não somos o centro do universo, mas sujeitos interconectados com outros sujeitos, com a natureza e com a história cosmológica. Ocorre que além da identidade terrestre, possuímos uma identidade cósmica, pois somos formados da mesma substância da qual é constituído o universo, de átomos forjados num sol anterior ao nosso e de partículas que se juntaram na Terra. Portanto, nossa dignidade não é exclusivamente humana, mas cósmica. Tal percepção nos conduz à renúncia

da dominação do mundo e ao estabelecimento de uma nova aliança com a natureza, na percepção de que somos filhos do cosmo, que contém fragmentos de nossa dignidade.

Com fundamento nas pesquisas realizadas por Niels Bohr (apud MORIN, 2003b) estabelecemos uma analogia entre a relação indivíduo/espécie e a relação corpúsculo/onda. Na microfísica, conforme o tipo de observação, a partícula surge tanto como uma unidade isolada distinta, o corpúsculo, quanto como um contínuo imaterial, a onda. Essa relação pode ser utilizada para melhor compreender a relação indivíduo/sociedade.

O indivíduo aparece como o aspecto descontínuo material, e a espécie como o aspecto contínuo imaterial de uma mesma realidade. Quando um nos aparece, o outro desaparece e vice-versa. Seria possível ampliar essa ideia à relação indivíduo/sociedade. Quando se lança um olhar psicológico, o indivíduo aparece na sua autonomia e nas suas características distintas e, no limite, a sociedade desaparece; mas quando lançamos um olhar sociológico, o indivíduo apaga-se ou, geralmente, não passa de um instrumento, um zumbi do determinismo social. Assim, mobilizamos em conjunto três olhares que nos permitem abordar a trindade indivíduo/espécie/sociedade, sem que a realidade do indivíduo, a realidade da sociedade e a realidade da espécie biológica sejam relegadas a um segundo plano (MORIN, 2003b).

Com base nessa analogia, observa-se que as interações entre os indivíduos produzem a sociedade. A construção social, produto de tais interações, retroage sobre a cultura e sobre os indivíduos, conferindo-lhes a condição de sujeitos humanos. Consequentemente, a espécie produz os indivíduos que, por sua vez, são produtores da espécie; os indivíduos produzem a sociedade produtora dos indivíduos; de tal sorte que espécie, sociedade e indivíduo produzem-se mutuamente, em observância ao princípio da recursividade[8].

É importante compreender que a relação entre esses três termos é dialógica, ou seja, supõe a complementaridade. Por outro lado, essa relação de complementaridade pode ensejar ambiguidades, de modo que o complementar pode tornar-se, por vezes, antagônico. Isso explica o fato de que quando a sociedade reprime, inibe o indivíduo, ele aspira a emancipar-se do jugo social. A espécie possui os indivíduos e os constrange a servir às suas finalidades reprodutoras e a dedicar-se à progenitura, mas o indivíduo humano pode escapar à reprodução e ainda assim satisfazer a sua pulsão sexual, sacrificando a prole ao egoísmo (MORIN, 2003b).

---

8 Tal princípio pode ser entendido como um círculo recursivo, ou seja, um círculo gerador em que os próprios produtos são produtores do que os produz. Para maior detalhamento dessa construção analógica, ver Morin (2003b) e Morin; Cyrulnik (2004a).

Por outro lado, à luz da inteligibilidade complexa, o indivíduo humano é, ao mesmo tempo, 100% natural e 100% cultural. Eis um aspecto importante da condição humana: o indivíduo encontra-se no nó das "interferências da ordem biológica da pulsão e da ordem social da cultura; é o ponto do holograma que contém o todo (da espécie, da sociedade), conservando-se irredutivelmente singular" (MORIN, 2003b, p.53).

Constata-se que os eventos humanos mais naturais, biológicos, como o nascimento, o sexo e a morte, constituem-se, concomitantemente, em fenômenos marcados pelas representações e simbologias da cultura. "Nossas atividades biológicas mais elementares, comer, dormir, defecar, acasalar-se, estão estreitamente ligadas a normas, interdições, valores, mitos, ou seja, ao que há de mais estritamente cultural" (MORIN, 2003b, p.53). Assim, o cérebro, por meio do qual refletimos; a boca, com a qual cantamos e declamamos poesias; a mão, com a qual escrevemos, são totalmente naturais e culturais.

Dessa forma, partimos do pressuposto de que a ontologia da dignidade humana funda-se na própria condição de humanidade do indivíduo. Se a humanidade é o que qualifica e distingue o ser humano como tal, enaltecendo-o como pessoa, a dignidade humana se entrelaça, na sua ontologia, com a própria essência do ser humano.

Nesse contexto, conceber o que significa dignidade humana é descobrir a própria natureza ou condição humana. Tal reflexão constitui-se na mais fundamental questão filosófica que nos permeia desde a gênese da história da humanidade, especialmente a partir do instante em que o ser humano começou a desenvolver sua consciência e cognoscibilidade a respeito de si próprio.

Se reunirmos os estudos filosóficos, antropológicos, sociológicos, históricos, biológicos, psicológicos, enfim, os ramos do conhecimento acerca do humano, perceberemos que ainda não sabemos o que somos, especialmente em face do método científico utilizado tradicionalmente para a produção de conhecimento, o qual tem fragmentado o próprio homem, ao ponto de Lévi-Strauss (1982, p.56) concluir que a "finalidade das ciências não é revelar o homem, mas dissolvê-lo".

Em face de tal obscurantismo cognoscente e do próprio inacabamento e incompletude de todo o conhecimento, podemos até encontrar muitos sentidos para a nossa existência, algumas explicações sobre determinados aspectos, mas não há uma revelação sobre a essência do ser humano que seja universalmente aceita.

Observa-se, por outro lado, que a dignidade humana exprime tudo aquilo que dá qualidade ao ser humano, enaltecendo-o como pessoa, distinguindo-o como espécie. Por outro lado, a condição humana, no sentido antropológico, constitui-se no conjunto das características físicas e orgânicas, mentais,

psicológicas, afetivas, supostamente comuns a toda a espécie. Há uma relação ontológica entre a dignidade e a própria natureza ou condição humana.

Portanto, a condição de humanidade, segundo o pensamento complexo, revela-se, ao mesmo tempo, como natureza e como cultura, constituindo-se um todo ontológico e cultural, fruto de uma construção histórica.[9]

Se a cultura é, na sua gênese "a fonte geradora/regeneradora da complexidade das sociedades humanas, que integra os indivíduos na complexidade social e condiciona o desenvolvimento da complexidade individual" (MORIN, 2003b, p.166), o princípio constitucional em foco, como construção cultural, constitui-se em preceito ético-jurídico gerador/regenerador da emancipação do ser humano e da humanização das relações intersubjetivas, também passível de complexificação individual e social, na medida das variações culturais e axiológicas, que proporcionam a diversidade de interpretações desse princípio fundamental, o qual embasa toda a sistematização dos direitos humanos.

Para a compreensão da condição humana como base fundamental de sua dignidade, torna-se mister contemplar as emergências do grande paradoxo que reúne a diversidade e a unidade.

Trata-se do paradoxo da unidade múltipla, o qual nos induz à compreensão de que o que une também separa, a começar pela linguagem; somos gêmeos pela linguagem e separados pelas línguas. Somos unidos pela identidade cultural e separados pelas diferenças culturais. Dessa forma, a base da compreensão pode ser rompida pela incompreensão entre as culturas quando apenas percebemos a diferença e não somos capazes de observar o fundo antropológico comum (MORIN, 2003b).

O paradoxo da unidade múltipla também está presente na questão da proteção da dignidade do homem, pois a defesa da dignidade humana, individualmente considerada, pode não resultar na proteção da dignidade humana comunitária, coletivamente considerada.

Por exemplo, com base no princípio constitucional matriz de proteção da condição humana, para fins da garantia do mínimo existencial e da geração de emprego para indivíduos que residem em uma região de subdesenvolvimento econômico, a instalação de uma indústria de carcinicultura poderia significar fonte geradora de dignidade para tais indivíduos. No entanto, se considerarmos o prejuízo ambiental gerado pela prática da carcinicultura predatória, constatamos que, para a comunidade humana global e planetária, tal medida é atentatória à

9 Quando se refere ao aspecto cultural dessa concepção, está considerando a cultura como patrimônio organizador, ou seja, como a emergência maior da sociedade humana. Para Morin (2003b, p.165), cada cultura "concentra um duplo capital: por um lado, um capital cognitivo e técnico (práticas, saberes, regras); por outro lado, um capital mitológico e ritual (crenças, normas, interdições, valores)".

dignidade. Isso nos reporta à necessidade de criarmos um sistema educacional voltado para promoção da dignidade planetária, buscando transcender a concepção individual e antropocêntrica.

Outro aspecto é a percepção de que o homem não é apenas *sapiens*, mas também *demens*. Segundo Morin (2005a), somos *homo-sapiens-sapiens-demens*. O homem, fonte geradora de cultura, de inteligência, capaz de transformar a natureza, criar sua própria linguagem, produzir ciência, amar, contemplar a beleza do cosmos, contribuir para a regeneração da natureza, promover dignidade, para si e para a coletividade, também é capaz das mais terríveis barbáries, como a prática da escravidão, a exploração de seu semelhante, a degradação do meio ambiente em nome do progresso econômico, a criação da indústria da guerra, gerando uma potência mortal capaz de aniquilar o planeta.

Considerando-se que a natureza humana é, ao mesmo tempo, sábia e louca, o ser humano seria, então, fonte geradora de toda dignidade e de toda indignidade humana? Podemos afirmar que, assim como o indivíduo é capaz de manifestar, dialogicamente, o egocentrismo e o altruísmo, também pode ser agente de promoção da dignidade ou da indignidade.

Para o filósofo humanista cristão Pico della Mirandola, quando Deus se dirige ao homem, pondera:Não te fiz nem celeste, nem mortal, nem imortal, para que de ti mesmo, quase como livre e soberano artífice, te plasmasses e te esculpisses na forma que tivesses escolhido. Poderás degenerar nas coisas inferiores, que são brutas; poderás, conforme teu querer, regenerar-te nas coisas superiores, que são divinas. (MIRANDOLA, 1999, p.9)

Na beleza das palavras do filósofo, há a referência ao potencial de degeneração (*demens*) e de regeneração (*sapiens*) da condição humana.

Entretanto, a agressividade e a barbárie têm marcado a história da humanidade. Manifesta-se na delinquência, na criminalidade, na violência, no profundo desrespeito a toda noção de dignidade. A insanidade homicida e suicida deflagra os conflitos entre religiões, nações, ideologias. A Alemanha nazista foi o palco de uma das maiores loucuras produzidas pelo *homo sapiens*.[10]

4 POR UM DIÁLOGO TRANSCULTURAL: PERSPECTIVAS DE COMPREENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA EM SUA UNIVERSALIDADE CONCRETA

Considerando a perspectiva cultural, pode-se estabelecer uma diferença substancial entre dignidade humana (aquela reconhecida indistintamente a todos

10 Os germes de todas essas loucuras estão escondidos em cada indivíduo, em cada sociedade; o que nos diferencia dos outros é o maior ou menor controle, sublimação, dissimulação, transformação de nossa própria loucura [...] Isto significa que seria irracional, louco e delirante ocultar o componente irracional louco e delirante do humano. (MORIN, 2003b, p.117)

os seres humanos, como ontologicamente inata à condição humana) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seus aspectos culturais, conforme construção social em determinado momento histórico.

Como exemplo desse conteúdo cultural e axiologicamente variável, temos a admissão da pena de morte em determinados países como meio de combate à criminalidade, e, em outros, a expressa vedação constitucional por considerá-la atentatória à proibição de penas cruéis, as quais violariam a dignidade da pessoa humana e o primado fundamental de proteção da vida.

As diferenças culturais das sociedades humanas conduzem à constatação de concepções díspares sobre o princípio constitucional citado, o qual foi essencialmente construído pela cultura ocidental, que se pretende hegemônica. Considerando-se tal diversidade cultural, seria razoável a legitimação da supremacia da concepção ocidental de dignidade da pessoa humana?

A questão que se impõe é a reflexão a respeito da existência de um núcleo essencial, intangível, de proteção da pessoa humana e, portanto, da invariabilidade de tratamento jurídico relativamente a esse cerne fixo, independentemente das variações histórico-culturais.

Partindo-se da premissa de que "todas as culturas são incompletas e que os *topoi* de uma cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a cultura a que pertencem" (SANTOS, 2006, p.86), impõe-se a necessidade de um diálogo transcultural para melhor compreensão do Princípio da Dignidade Humana.

Boaventura de Souza Santos propõe, nesse contexto, a realização de um "trabalho de tradução intercultural" (SANTOS, 2006, p.127-134), pois as trocas desiguais entre culturas díspares têm ensejado a morte das concepções da cultura subordinada (epistemicício) e, consequentemente, o extermínio dos grupos sociais titulares dessa cultura (genocídio).

Para Boaventura, a tradução entre as compreensões culturais assume a forma de um diálogo intercultural, o qual consiste: No trabalho de interpretação entre duas ou mais culturas com vista a identificar preocupações isomórficas entre elas e as diferentes respostas que fornecem para elas. Tenho vindo a propor um exercício de hermenêutica diatópica a propósito da preocupação isomórfica com a dignidade humana entre o conceito ocidental de direitos humanos, o conceito islâmico de *umma* e o conceito indu de *dharma.* [...] Ocorre que a universalidade dos direitos humanos não pode ser dada por adquirida. A ideia de dignidade humana pode ser formulada em diferentes linguagens. Em lugar de serem suprimidas em nome de universalismos abstratos, essas diferenças devem tornar-se mutuamente inteligíveis, através da tradução e do que designo por hermenêutica diatópica. (SANTOS, 2006, p. 124, grifo do autor)

O objetivo do diálogo intercultural constitui-se na maximização da consciência da incompletude recíproca das culturas (SANTOS, 2006), o que enseja a necessidade de uma relação de complementaridade entre elas (MORIN, 1998). "O exercício de reciprocidade entre culturas consiste em transformar as premissas de argumentação de uma dada cultura em argumentos inteligíveis e credíveis noutra cultura" (SANTOS, 2006, p.87).[11]

Entretanto, o grande desafio que se circunscreve nesse contexto consiste em saber como maximizar a interculturalidade sem subscrever o relativismo cultural e epistemológico. Seria possível constituir uma posição antropoética sem fundá-la em princípio absoluto?

Para Morin (2005a), tal posição antropoética supõe assumir a condição humana mediada pela autoética, conforme enfatizado no Método 6. Dessa forma, a antropoética contém o caráter trinitário do circuito indivíduo/espécie/sociedade e assim nos faz assumir o destino humano nas suas antinomias. Tal percepção eleva, ao patamar ético, a consciência antropológica que reconhece a unidade de tudo o que é humano na sua diversidade e a diversidade em tudo o que é unidade; daí a missão de salvaguardar por toda parte a unidade e a diversidade humanas. A antropoética liga a ética do universal à ética do singular.

Portanto, não se propugna o relativismo cultural enquanto ausência de critérios de hierarquias de validade entre diferentes formas de percepção da dignidade humana. O relativismo é uma posição insustentável porque torna impossível qualquer relação entre concepção de dignidade humana e emancipação social. Se tudo valesse e valesse igualmente como compreensão da condição humana, todas as percepções tornar-se-iam igualmente válidas ou, por outro lado, igualmente inválidas.

Ocorre que a concepção de direitos humanos assenta-se num conjunto de critérios tipicamente ocidentais. Tais critérios partem do pressuposto de que existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente. Tal natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade. Na concepção kantiana, o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida pela sociedade ou pelo Estado, e tal dignidade implica a autonomia do indivíduo, que requer da sociedade o reconhecimento de sua liberdade individual.

---

11 Nessa perspectiva, o "trabalho de tradução intercultural" visa a esclarecer o que une e o que separa as diferentes práticas, de modo a determinar as possibilidades e os limites da articulação ou agregação entre eles. Dado que não há uma prática social ou um sujeito coletivo privilegiado em abstrato para conferir sentido e direção à história, o trabalho de tradução é decisivo para definir, em concreto, em cada momento e contexto histórico, quais as constelações de práticas com maior potencial contra-hegemônico. (SANTOS, 2006, p.127)

Constata-se, hoje, a "ocidentalização" da concepção de dignidade humana, uma vez que todos esses pressupostos são facilmente distinguíveis de outras formas de compreensão em outras culturas não-ocidentais. Qual a razão da universalidade abstrata ter se tornado uma característica marcante da compreensão dos direitos humanos?

A marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser identificada na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo. Em tal documento, há o reconhecimento dos direitos e liberdades individuais de forma enfática, constatando-se a prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos sociais e culturais, sendo o direito de propriedade o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico efetivamente reconhecido no mundo ocidental.

Por outro lado, nessa declaração o homem encontra-se separado do resto do universo do qual é legislador supremo, os demais seres vivos não estão abrangidos. O homem também se encontra separado da sociedade, pois é enaltecido, especialmente, como indivíduo. Valoriza-se uma espécie de democracia matemática, pela qual a sociedade é a soma de indivíduos livres que se unem mediante o contrato social para realizar objetivos comuns, especialmente na busca da segurança. Porém, tal concepção de indivíduo encontra-se distante da percepção de pessoa, ou da dignidade da pessoa humana. A noção de pessoa é mais ampla do que a de indivíduo, pois abrange o ideário de comunidade, predispondo à solidariedade e libertando o indivíduo do fardo pesado da solidão, tão presente nos valores da modernidade.

Nesse contexto, precisamos estabelecer uma relação entre Direitos Humanos e Dignidade Humana, para melhor compreensão da reflexão ora proposta. Considera-se, para fins deste estudo, que a construção histórica dos Direitos Humanos reflete, concretamente, o que o Princípio da Dignidade Humana propõe, ou seja, os Direitos Humanos Fundamentais representam a concretização das dimensões individual, social, antropolítica e antropoética da dignidade humana, de forma recursiva e complementar.

Refletindo sobre a história dos direitos humanos no período imediatamente subsequente à Segunda Grande Guerra, constata-se que as políticas de direitos humanos estiveram, de certa forma, a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. O discurso sobre os direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, as quais foram avaliadas de acordo com revoltante duplicidade de critérios (SANTOS, 2006).

No que tange à manipulação da temática dos direitos humanos nos Estados Unidos pelos meios de comunicação, Falk (1981, p.4) relata a dualidade entre uma "política de invisibilidade" e uma "política de supervisibilidade".

A ocultação, durante uma década, das notícias sobre o trágico genocídio do povo *maubere*[12], no Timor Leste, o qual exterminou mais de 300 mil vidas, é um exemplo da política de invisibilidade que Falk denuncia. Tal ocultação aos europeus ocorreu para facilitar a continuação do próspero comércio da Europa com a Indonésia. Por outro lado, como exemplo da política de supervisibilidade, Falk relata os apelos norte-americanos pós-revolucionários em defesa dos direitos humanos no Irã e no Vietnã. Para o referido autor, "os polos de invisibilidade e de supervisibilidade estão intimamente correlacionados com os imperativos da política externa norte-americana" (FALK, 1981, p.5).

Não se trata, entretanto, de fundar-se em uma ideia abstrata de dignidade humana, mas de buscar-se a construção da universalidade concreta de tal compreensão. No que se refere a tal questão, Edgar Morin nos convida à seguinte reflexão:

> Na busca da universalidade concreta, o obstáculo não procede apenas das instâncias ego ou etnocêntricas que sacrificam sempre o interesse geral a seus interesses particulares, mas também de uma aparente universalidade, que julga servir o interesse geral, no entanto obedece apenas a uma racionalização abstrata. A norma do universal concreto é muito difícil de aplicar. O interesse geral não é nem a soma, nem a negação dos interesses particulares. A ecologia da ação nos mostra que a ação a serviço do interesse geral pode ser desviada num sentido particular. Nossa ideia do interesse geral deve ser frequentemente reexaminada em referência a nosso universo concreto, que é o planeta Terra. (MORIN, 2005b, p.144-145)

Assim, o critério para buscar a universalidade concreta é a contextualização da questão em face de nossa identidade planetária. Logo, a compreensão da dignidade humana em face de uma universalidade concreta não é antropocêntrica, porque requer a compreensão da dignidade planetária,

12 O termo *maubere* é, como conceito político, identificador de todo um povo ou nação, de conhecimento recente. De um nome próprio corrente numa determinada região de Timor Leste, *maubere* tornou-se o símbolo da humilhação colonial do timorense autóctone, em particular, da maioria do povo não assimilado, geralmente pobre, esfarrapado, montanhês e pé descalço. Poder-se-ia dizer que já no tempo colonial, *maubere* deixara de ser um simples nome próprio para se tornar um conceito político e sócio-antropológico de diferenciação da gente mais humilde e autóctone dos colonizadores e naturais assimilados. 'Maubere' era, assim, o timorense no mais profundo das suas identidades". (DIREITOS..., 2008).

a qual implica na formação de uma consciência planetária como produto da solidariedade ecológica, pois:

> A vida, nascida da Terra, é solidária da Terra. A vida é solidária da vida. Toda vida animal tem necessidade de bactérias, plantas, outros animais. A descoberta da solidariedade ecológica é uma grande e recente descoberta. Nenhum ser vivo, mesmo o humano, pode libertar-se da biosfera. (MORIN, 2005b, p.53)

Por outro lado, a realização de um diálogo transcultural sobre dignidade humana poderia ocorrer, por exemplo, entre a concepção dos direitos humanos na cultura ocidental e a compreensão do *dharma* na cultura hindu.

Santos (2006), no que se refere à realização do diálogo intercultural nesse contexto, atenta para a possibilidade de contestação sobre a legitimidade de tal diálogo, pois versaria sobre uma concepção secular, como são os direitos humanos e concepções religiosas, como é o caso do hinduísmo. Entretanto, é na própria distinção entre o secular e o religioso que encontramos a riqueza da prática de tradução transcultural e da possibilidade de construção de uma dimensão transdisciplinar de compreensão da dignidade do homem.

Segundo Panikkar, *dharma* é o que sustenta, dá coesão e, portanto, força, a uma dada coisa, à realidade e, em última instância, aos três mundos (triloka). A justiça dá coesão às relações humanas; a moralidade mantém a pessoa em harmonia consigo mesma; o direito é o princípio do compromisso nas relações humanas; a religião é o que mantém vivo o universo; o destino é o que nos liga ao futuro; a verdade é a coesão interna das coisas. [...] Um mundo onde a noção de dharma é central e quase onipresente não está preocupado em encontrar o "direito" de um indivíduo contra outro ou do indivíduo perante a sociedade, mas antes em avaliar o carácter *dharmico* (correcto, verdadeiro, consistente) ou *adharmico* de qualquer coisa ou ação no complexo teantropocósmico total da realidade. (PANIKKAR, 1984, p.39)

Considerando-se tal perspectiva hindu de *dharma*, a concepção ocidental de direitos humanos é incompleta e insuficiente, porque não estabelece a conexão fundamental da parte (o indivíduo) e do todo (o cosmos). Na perspectiva *dharmica,* a ideia de direito subjetivo, conforme concebida no direito ocidental, não está presente, pois, segundo tal concepção, o gênero humano não tem o "direito" de sobreviver senão na medida em que cumpre o dever de manter o mundo. Tais direitos não seriam atribuídos ao homem unicamente, pois este não passa de um elemento do cosmos. Os direitos da natureza e das demais criaturas também devem ser definidos. Para tal

compreensão, o indivíduo constitui-se em mera abstração, porque não existe fora das relações que o conectam com os elementos que compõem o mundo real. Daí a inexistência dos direitos do homem, na sua percepção individual.

A compreensão de dignidade humana no Ocidente subverte o que é fundamental, na medida em que enfatiza como primordial o que é meramente derivado, isto é, os direitos humanos. Em realidade, a percepção da dignidade humana de forma conexa à dignidade planetária, como realidades interdependentes, enseja, como imperativo primordial, o dever dos indivíduos de encontrarem o seu lugar na ordem geral da sociedade e de todo o cosmos.

Se olharmos conforme a perspectiva do *dharma*, a concepção ocidental dos direitos humanos revela-se obscurantista, pois funda-se em uma simetria mecanicista entre direitos e deveres, garantindo direitos a quem pode exigir deveres. Essa é a razão pela qual, na concepção ocidental dos direitos humanos, a natureza não tem direitos: porque não lhe podem ser impostos deveres. Pelo mesmo motivo, é impossível garantir direitos às gerações futuras: não têm direitos porque não têm deveres (SANTOS, 2006).

Por outro lado, torna-se necessário agregar à compreensão do trabalho de tradução a noção de transculturalidade, a qual transcende a perspectiva intercultural. O que difere o transculturalismo do interculturalismo? Qual a razão da defesa de uma compreensão transcultural e não meramente intercultural de dignidade humana?

Para responder tal questão, recorremos a Edgar Morin no que se refere à distinção entre interdisciplinaridade e transdisciplinaridade:

> Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É por isso que se diz cada vez mais: 'Façamos interdisciplinaridade'. Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar. (MORIN, 2003a, p. 135)

Na proposta de interculturalidade, da mesma forma que na interdisciplinaridade, há a manutenção das fronteiras culturais, com a ocorrência de magras interpenetrações, sendo mister, no entanto, o desmoronamento de tais fronteiras para que haja a emergência de um diálogo transcultural profundo, capaz de construir novos paradigmas de compreensão da dignidade humana.

Ocorre que a percepção monocultural do que seja dignidade humana, segundo a universalização ocidental, é excludente de toda a riqueza e diversidade cultural dos povos não-ocidentais, que muito têm a contribuir para a construção de uma nova percepção da condição humana em relação dialógica com o cosmos e a natureza, na perspectiva de construção de um novo contrato natural.[13]

O respeito à diversidade cultural e a realização de um diálogo transcultural que transcenda a perspectiva da interculturalidade é fundamental para a emergência de um novo humanismo, o humanismo planetário, o qual reconhece a dignidade de outros seres que habitam a Terra, sem a qual torna-se impossível a realização da dignidade humana.

Não obstante a diversidade cultural quanto à concepção de dignidade do homem e a relação dialógica dessas culturas, não excluímos sua unidade ontológica inata à condição humana. Em face disso, parece-nos que é possível encontrar unidade em tal diversidade, havendo, portanto, um núcleo essencial intangível, o qual compreende a vida, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, valores a serem preservados universalmente como inatos à humanidade.

Edgar Morin, no Diálogo sobre a natureza humana, estabelecido com Boris Cyrulnik, pondera que a diversidade da natureza humana não exclui sua unidade, o que contribui para a concepção de dignidade humana transcultural, ao mesmo tempo em que fundamenta a existência de unidade em seu núcleo intangível:

> O tesouro da vida e da humanidade é a diversidade. Entretanto, a diversidade de modo algum nega a unidade [...]. A extraordinária riqueza humana é um tronco comum – aquilo a que se pode chamar uma natureza humana – a partir da qual existem possibilidades inusitadas de diversidade individual, cultural. [...] Realizar unidade da espécie humana ao mesmo tempo que se respeita sua diversidade, é uma ideia não apenas de fundo, mas de projeto. (MORIN; CYRULNIK, 2004a, p.37-38)

Portanto, compreender a unidade da dignidade humana em sua diversidade cultural é fundamental para que o princípio constitucional a ela correspondente possa gerar ações compatíveis com a ética da comunidade

13 Segundo Shiva (2003), as monoculturas da mente fazem a diversidade desaparecer da percepção e, consequentemente, do mundo. O desaparecimento da diversidade corresponde ao desaparecimento das alternativas. Na verdade, as monoculturas são uma fonte de escassez e pobreza. As diversidades natural e cultural são fontes de riqueza e alternativas.

planetária, que transcende a percepção individualista e monocultural de dignidade, capaz de promover a regeneração do verdadeiro humanismo.

Partindo-se da premissa de que nós, os humanos, estamos unidos pela cultura e separados pela cultura que nos diferencia, seria possível estabelecer a unidade da dignidade humana em sua diversidade cultural? Em outras palavras, seria possível estabelecer um núcleo imutável, universal na compreensão da dignidade humana, que seria válido para todas as culturas?

A questão é complexa, pois sua resposta encontra-se no interior do paradoxo da condição humana, porque compomos uma unidade na diversidade, constituimo-nos de uma unidade múltipla. Ao mesmo tempo em que nos unimos em torno de uma identidade planetária, somos separados em face da diversidade cultural. Portanto, são os valores de nossa identidade planetária que estabelecem o núcleo intangível e universal da dignidade humana. E que valores seriam esses? O cuidado com a vida humana e planetária, o respeito à liberdade e à igualdade de todos os seres na condição de hóspedes deste planeta, a solidariedade ecológica, o cultivo da convivência harmônica e pacífica e o apreço pelo bem-estar e a felicidade dos seres que têm a Terra como seu *habitat*. Portanto, qualquer ação ou omissão que viole tais valores universais é contrária à dignidade humana, pois fere os valores de nossa identidade planetária, comprometendo a unidade na diversidade.

Com base nessas premissas, voltemos à reflexão sobre as condições de desigualdade e opressão em que vivem as mulheres islâmicas, sendo submetidas, inclusive, à negação do prazer sexual. Consideramos que tais práticas, independentemente da diversidade cultural, ferem o núcleo fundamental da dignidade humana, pois comprometem o bem-estar, a felicidade e a saúde de tais mulheres.

Por outro lado, também consideramos que as ações e omissões que contribuem para a degradação do meio ambiente e da natureza também ferem a dignidade humana em seu núcleo fundamental, pois afetam nossa Terra-Pátria, que confere a identidade planetária aos humanos. A compreensão da dimensão cósmica e planetária da dignidade humana se funda no estabelecimento de um contrato natural, que viabilize uma nova aliança do homem com a natureza, conforme propõem Ilya Prigogine, Isabelle Stengers e Michel Serres. Nessa nova aliança, o homem sai da condição de dominador e parasita para a condição de hóspede amável, disposto a cuidar de seu habitat e com ele desenvolver uma relação simbiótica e solidária.

5 ALLEGRO

E das plantas vinha um cheiro novo, de alguma coisa
que se estava construindo e que só o futuro veria.
[...]
Eu, que venho da dor de viver e não a quero mais,
quero a vibração do alegre [...]
Clarice Lispector

Teço as últimas linhas deste estudo usufruindo da companhia de Clarice Lispector. Ocorre que sua obra literária revela, de forma especial, o oculto e o desconhecido da condição humana, que se caracteriza pelo paradoxo, pela precariedade e o nomadismo da consciência e da existência, entre as aleluias e as agonias do ser. Suas reflexões contribuem para a compreensão da dignidade do homem, considerando-o como um sujeito que se constitui na interação com os demais seres, humanos e não-humanos, e, especialmente, na relação com a natureza que se manifesta nele e no cosmos.

Advirto, nas palavras de Clarice, que "o que quero aqui é o inconcluso" (LISPECTOR, 1998, p.25). Não tenho a pretensão de construir uma conclusão sobre o tema que me propus abordar, pois: "Tudo acaba, mas o que te escrevo continua. O que é bom, muito bom. O melhor ainda não foi escrito. O melhor está nas entrelinhas [...]" (LISPECTOR, 1998, p.86).

Designei este derradeiro fragmento do artigo de *Allegro*, pois "minha alma está quebrantada pelo desejo" (LISPECTOR, 2005, p.49) de, através dele, anunciar um novo tempo para o Direito, um tempo de esperança, de alegria, no qual o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na sua compreensão complexa, venha a se configurar no núcleo antropolítico e antropoético do Direito.

Conforme analisado anteriormente, a antropolítica constitui-se na política voltada para o desenvolvimento integral do homem. Já a antropoética se constitui na compreensão de uma ética para a espécie humana, fundada na identidade planetária do homem, destinada a estimular o programa altruísta deste ser de natureza genérica. Portanto, considerar o Princípio da Dignidade do Homem como núcleo antropolítico e antropoético do Direito significa colocá-lo no epicentro do sistema jurídico com o intuito de fazer com que ele irradie efeitos para dentro e para fora do sistema, visando, ademais, a constituí-lo como preceito fundamental para a realização da política de desenvolvimento humano e da ética planetária. Considera-se, nesse contexto, que a política e a ética para a espécie humana devem fazer parte da finalidade do próprio Direito.

O desenvolvimento humano ora preconizado, também compreendido como finalidade do Direito, não se restringe ao desenvolvimento da

individualidade. Ao contrário, pretende abarcar a dialógica das relações indivíduo-sociedade-espécie, o que fundamenta o desenvolvimento da dimensão comunitária (social ou intersubjetiva) da dignidade humana. O problema do desenvolvimento deve estar no centro da compreensão da dignidade em sua dimensão social ou comunitária. O verdadeiro desenvolvimento é aquele que promove a regeneração da condição humana. Nesse sentido, deve ser concebido de maneira antropológica. Não se pode mais reduzir o desenvolvimento ao crescimento econômico. Precisamos romper a concepção de progresso como sentido natural da história, pois a concepção economicista de progresso tem resultado em degradação humana e do meio ambiente. É preciso regenerar a ideia de progresso.

Nesse contexto, antropolítica se constitui na política da condição humana e diz respeito a uma nova geopolítica para a realização da dignidade do homem e da dignidade planetária. Para Edgar Morin, "uma política do homem necessariamente tem por campo o planeta; necessariamente constitui política de desenvolvimento da espécie humana na unidade planetária" (MORIN, 1980, p.62).[14]

A política do homem abrange, simultaneamente, a multimensionalidade dos problemas humanos e a questão planetária, inserindo, no seu âmago, o problema do sentido da existência e do destino humano. Tal sentido da política deve dar conta do devir do homem e do planeta, pois as ameaças da arma termonuclear e da degradação dos ecossistemas tornam-se uma questão política maior, implicada na dimensão antropolítica e antropoética da dignidade humana.

A essência do que seja antropolítica retiramos da obra *Introdução à política do homem*, na qual Morin (1980) enfatiza as duas raízes simultâneas que a constituem: o amor e a ciência, conectados pela consciência comunitária, ou consciência fraterna. Para o autor, na compreensão dessa nova política, seria necessário unir a concepção freudiana da alma humana, da psique, com a compreensão das condições materiais do homem *faber* de Marx, pois "faltaria a Freud, o *homo faber*; a Marx, a *psique*. Estes dois núcleos do homem ainda esperam reunir-se, a fim de que se possa estruturar uma política não mutilada no nascedouro" (MORIN, 1980, p.28).

---

14 A geopolítica do planeta seria não centrada nos interesses das nações, mas descentrada e subordinada aos imperativos comunitários; ela estabeleceria não zonas de influência estratégicas e econômicas, mas vínculos cooperativos entre zonas. Ela só poderia se impor fazendo convergir caminhos de aproximação múltiplos. [...] Haveria necessidade de uma cidadania planetária, de uma consciência cívica planetária, de uma opinião intelectual e científica planetária, de uma opinião política planetária. Não estamos sequer no começo disso. No entanto, essas são as preliminares para uma política planetária, que ao mesmo tempo é uma condição para a formação dessas opiniões e tomadas de consciência. (MORIN, 2005b, p.117)

A ciência política, portanto, é insuficiente para a realização da política do homem. É preciso acrescentar o amor, que confere dignidade a tudo o que é humano![15]

Conforme compreensão da ciência política com base no pensamento complexo, a realização do bem comum, que representa a dimensão fraterna da dignidade humana, suscita a questão do desenvolvimento e a crise da concepção economicista do progresso. Os graves problemas sociais dos países do sul revelam o equívoco de tal perspectiva. Por outro lado, é o próprio desenvolvimento econômico que começa a ensejar, nos países do norte, um fantástico subdesenvolvimento afetivo, psicológico e moral do ser humano, o qual expressa verdadeiro processo de negação da dignidade humana.

Percebe-se a consciência cada vez mais clara da escassez de amor nas sociedades realizadas, a miséria mental nas sociedades ricas, as deficiências psicológicas nas sociedades prósperas. Existe miséria humana que não diminui com o decréscimo da miséria material, mas se agrava na abundância e lazer. Dois polos, portanto: no polo do terceiro mundo, o subdesenvolvimento técnico-econômico; no polo extremo-ocidental, o subdesenvolvimento da alma e do espírito a revelar profundo, radical subdesenvolvimento do ser. Se relacionarmos os dois polos, será todo o campo da política planetária a exigir reformulação em função de uma política do desenvolvimento. Antes de tentar examinar o mal próprio da civilização ocidental, em si mesmo, vejamos o que apresenta ela de universal: a carência afetiva e psíquica, variável em cada civilização, mas presente em toda civilização. É no mundo rico, desaparecidas as deficiências materiais, que nos aparecem os cancros e as pústulas do corpo, quando nos esforçamos por enxergar as pústulas e os cancros da alma, as cáries e as carências do ser humano. Hoje, em nova perspectiva, mas sempre a mesma, surge a grande miséria moral (mental, afetiva) que perpassa toda história. [...] A única solução, e não basta anunciá-la com palavras, nos reconduz ao problema

15 Sobre o paradoxo da ciência e sua insuficiência no trato das grandes questões humanas, é oportuno retornar às palavras de Morin (1980, p.41): A revolução científica não traz nenhum progresso humano, se bem que todo adiantamento científico seja progresso. Ela pode, antes, consolidar as potências, e debilitar as emancipações. A revolução científica é débil em seu radicalismo. Os sábios atomistas são frágeis onipotentes e a ciência existe à imagem desta onipotência débil; avança titubeando. Seus progressos se deslocam e se afogam no tumulto do mundo. Consegue dominar o mundo arriscando autoaniquilar-se no aniquilamento do mundo. Já é capaz de aniquilar, e continua incapaz de reformar. Revolucionária, ativa, genial, também continua cega, ébria, titubeante. Urge, portanto, uma consciência revolucionária que possa domesticar a ciência. Reciprocamente, porém, esta consciência deve matricular-se na escola da ciência, valendo-se de seus métodos de pesquisa e de verificação, dominando o multiforme problema da técnica, mas também procurando na ciência o saldo que poderia ser decisivo para a revolução.

central; a única solução, não resposta a essa questão, é o amor, a participação comunitária. (MORIN, 1980, p.57-58)

A miséria humana não diminui com o decréscimo da miséria material, como sublinha o autor: persistem a miséria moral, a carência afetiva e psíquica. O desenvolvimento do espírito humano seria o contraponto para a superação da miséria material das sociedades. Os esforços contra as misérias materiais surtiriam resultados não fossem as misérias da alma a obstruir o verdadeiro desenvolvimento humano. Para Morin (2005), a "antropolítica geral", que insere também a "antropoética", significa conceber, "a um só tempo, a política do mundo pobre e a política da pobreza humana do mundo rico" (MORIN, 1980, p.119).

O pensamento complexo, sistematizado por Edgar Morin, resgata, aprofunda e aperfeiçoa a percepção dialética do real na busca da compreensão dialógica dos fenômenos, indo de encontro às verdades absolutas da ciência, ao ponderar que não há apenas o branco e o preto, o criminoso e o ser humano correto, mas que todos os seres são puro-impuros, *sapiens-demens*, complexos; impossível, portanto, de serem compreendidos mediante códigos binários. Assim, os princípios que regem a complexidade dos fenômenos são multipolares e transdimensionais. As forças antagônicas não se excluem. Ao contrário, complementam-se. Uma força tem a capacidade de se transformar na outra permanentemente. Somente é compreensível a injustiça de uma decisão em face de uma outra que se revela justa. A compreensão da dignidade humana e planetária parte de sua negação, a indignidade!

A percepção antropolítica do Princípio da Dignidade Humana extrai, simultaneamente, duas raízes: o amor e a ciência. Considera-se que a antropolítica deve ser científica, embora não possa reduzir-se à ciência. Segundo a antropologia complexa, o homem não se define apenas pela técnica e pela razão, mas também pelo imaginário e pela afetividade, habitando a terra não apenas prosaicamente, mas poeticamente.

A compreensão da ética complexa traz consigo um duplo olhar, informado pelo princípio da exclusão e pelo princípio da inclusão. O princípio da exclusão decorre de nosso programa egocêntrico, que garante a identidade do indivíduo. Já o princípio da inclusão é fundado em nosso programa altruísta, que inscreve o eu na relação com o outro. A antropoética propugna uma relação, não de oposição entre esses programas, mas de complementaridade entre indivíduo e sociedade, na perspectiva de que o outro é a extensão do eu, na medida em que com ele me identifico e me reconheço enquanto espécie.

Observa-se que a dimensão antropoética enseja a necessidade da vivência de uma ética planetária, capaz de fazer emergir do homem a compreensão de que ele é um habitante do planeta, devendo pensar não

apenas sob o ponto de vista individual, familiar, de gênero, ou estatal, mas na perspectiva planetária.[16]

Como consequência dessa consciência global, o que estava na periferia das preocupações políticas – como os problemas do sentido da vida, do desenvolvimento, da vida e da morte dos indivíduos, da vida e da morte da espécie – tende a ocupar o lugar central. Urge, assim, conceber uma política do homem no mundo que implique na responsabilidade planetária, pois o desenvolvimento dos seres humanos, em sentido pleno, deve constituir-se no propósito da política do homem no mundo.

Por outro lado, é importante compreender a solidariedade ecológica como um aspecto da dimensão antropoética da dignidade humana. O homem e a natureza se constituem uma unidade múltipla. Eis o princípio da unicidade homem/natureza. Tal princípio sustenta a inseparabilidade entre dignidade humana e dignidade planetária. A percepção da questão ecológica ora mencionada transcende o intuito preservacionista dos movimentos de proteção ao meio ambiente, existentes em todo o mundo. Observamos a emergência de uma nova epistemologia do sujeito, que enseja a ultrapassagem dos ideários antropocêntricos.

Dessa forma, a relação do homem com a natureza deixa de ser dicotômica e se distancia dos contornos da dominação. Os humanos e a natureza somos um e carecemos do reconhecimento da dignidade em sua plenitude, não de maneira dual, mas integral.[17]

Atualmente, o paradigma ecológico começa a ser enraizado numa nova percepção da realidade que vai além do arcabouço científico, em direção à construção de uma consciência da unidade de toda a vida e da interdependência de suas múltiplas manifestações e de seus ciclos de mudança e transformação. Em última análise, essa profunda consciência ecológica é consciência espiritual. Quando o conceito de espírito humano é entendido como o modo de consciência em que o indivíduo se sente ligado ao cosmos como um todo, fica claro que a

16 Assim, o termo "planetarização" deve ser entendido como uma relação complexa entre o global e as particularidades locais que aí se acham englobadas, pois os componentes da globalidade são elementos e circunstâncias de um movimento recursivo no qual cada um é, ao mesmo tempo, causa e efeito, produtor e produto (MORIN, 2005a).

17 Quanto a essa questão, Morin; Kern (2005b, p.167) fazem a seguinte reflexão: Dominar a natureza? O homem é ainda incapaz de controlar sua própria natureza, cuja loucura o impele a dominar a natureza perdendo o domínio de si mesmo. Dominar o mundo? Mas ele é apenas um micróbio no gigantesco e enigmático cosmos. Dominar a vida? Mas mesmo se pudesse um dia fabricar uma bactéria, seria como copista que reproduz uma organização que jamais foi capaz de imaginar. E acaso ele saberia criar uma andorinha, um búfalo, uma otária, uma orquídea? O homem pode massacrar bactérias aos milhares, mas isso não impede que bactérias se multipliquem. Pode aniquilar vírus, mas está desarmado diante de vírus novos que zombam dele, que se transformam, se renovam [...].

percepção ecológica é espiritual em sua essência mais profunda, e então não é surpreendente o fato de que a nova concepção da realidade esteja em harmonia com as concepções das tradições espirituais.

Para Ikeda (2003), há uma inter-relação entre o espírito dos seres humanos e seu ambiente natural, social e cultural, o que conduz à constatação de que o tecido da vida não consiste unicamente de fenômenos físicos e, sim, contém elementos espirituais e emocionais. Quando as mudanças no meio ambiente parecem representar ameaça à existência humana, não se deve esquecer que a causa do mal está, muitas vezes, dentro dos próprios homens. Aqueles que se permitiram ser escravos da ambição, da ignorância, do egoísmo, estão dilapidando o solo, provocando o descompasso das estações, perturbando os movimentos normais das marés, destruindo gradualmente a base da vida no nosso planeta. A existência subjetiva e o meio ambiente objetivo se fundem numa entidade que toma forma quando se torna manifesta a força vital existente no cosmos. É impensável que essas duas existências se dividam. A formação de uma vida humana como existência subjetiva é idêntica à da formação do ambiente da vida, da mesma forma que não podem ser separados do mundo em que vivem os animais e as plantas, desde o nascimento até a morte.

Com o intuito de enfatizar a inseparabilidade da existência subjetiva do homem com a existência objetiva do meio natural, Ikeda diz, poeticamete, que "quando os olhos, os ouvidos e os outros órgãos dos sentidos entram em confusão, ocorrem desastres naturais e quando o espírito do homem perde a firmeza, a Terra treme" (IKEDA, 2003, p.43).[18]

De acordo com tal perspectiva, a unidade da existência subjetiva e do meio ambiente conduz à percepção de que a força vital do ser humano pode afetar outros entes e mesmo a humanidade como um todo. Além disso, as mentes dos homens se fundem numa só e exercem contínua influência, tanto física como espiritual, sobre outras criaturas e sobre toda a natureza. O ser humano, de acordo com princípio hologramático, representa a síntese dos elementos do cosmos. Como consequência dessa concepção integral, todos os seres estão interligados, interpenetram-se.

---

18 Os ensinamentos orientais demonstram a interdependência entre o homem e o meio natural em que vive. Para Ikeda (2003, p.42): É indiscutível a verdade de que o ambiente objetivo responde à força vital do homem e é por ela transformado. Todos os seres vivos possuem a força da vida que cria a realidade ambiente e, naturalmente, os reflete. [...] Se não há corpo, não há sombra. Se não existe existência subjetiva, não há ambiente objetivo. Se a força da vida no interior de um ser vivente deixa o corpo, o seu reflexo também se dissipa. Animais e homens têm sua própria, específica sombra. O ambiente de cada ente vivo difere de acordo com o estado de existência de cada um, o que reflete a inseparabilidade do homem e da natureza.

Conforme a sabedoria oriental, a proteção da dignidade humana somente tornar-se-á possível em harmonia com o ritmo do universo, pois "a paz e a felicidade da humanidade não passarão de castelos construídos na areia, se não são fundados no respeito pela vida, não só do ser humano como, também, de todos os outros seres, pois toda a existência no universo integra um grande e unificado sistema" (IKEDA, 2003, p.36).

O Princípio Constitucional de Proteção da Dignidade da Pessoa Humana deve ser compreendido, pois, de forma integrada com o Princípio Constitucional de Proteção do Meio Ambiente, porque não há dignidade se não houver condições dignas de vida na Terra para todos os seres que nela habitam.

Por outro lado, segundo a fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty (2006, p.463) "estamos lançados em uma natureza e a natureza não aparece fora de nós, nos objetos sem história, ela é visível no centro da subjetividade".

> Assim como a natureza penetra até no centro de minha vida pessoal e entrelaça-se a ela, os comportamentos também descem na natureza e depositam-se nela sob a forma de um mundo cultural. Não tenho apenas um mundo físico, não vivo somente no ambiente da terra, do ar e da água, tenho em torno de mim estradas, plantações, povoados, ruas, igrejas, utensílios, uma sineta, uma colher, um cachimbo. Cada um desses objetos traz implicitamente a marca da ação humana à qual ele serve. [...] Penso no cogito cartesiano, quero terminar este trabalho, sinto em minha mão o frescor do papel, através da janela percebo as árvores da avenida. A cada momento minha vida precipita-se em coisas transcendentes, ela se passa inteira no exterior. (MERLEAU-PONTY, 2006, p.493)

Nessa passagem, Merleau-Ponty descreve a interação profunda entre homem/natureza, entre a subjetividade e o mundo exterior, ao reconhecer que o fluxo da natureza encontra-se no centro da subjetividade. Desse modo, a percepção fenomenológica de tal relação se passa no âmbito da experiência vivida, considerando que o referido filósofo concebe que a existência humana só se realiza em conexão com o mundo. Pode-se inferir tal perspectiva nas palavras do próprio autor, para quem: "Somos no mundo, e não somente estamos no mundo [...] O homem é só um laço de relações, apenas as relações contam para o homem" (MERLEAU-PONTY, 2006, p.611-612).

No mesmo sentido, o biólogo Francisco Varela argumenta que o mundo natural não é separado de nós. O mundo não é um objeto do qual o homem possua em seu íntimo a lei de constituição; ele é o meio natural e o campo de todas as percepções explícitas. "O mundo é inseparável do sujeito, mas de um sujeito que só é projeto do mundo, e o sujeito é inseparável do mundo, mas de um mundo que ele mesmo projeta" (VARELA, 2003, p.433). A dissociação entre mente/corpo; consciência/experiência; homem/natureza é o resultado de um condicionamento mental, produto de um paradigma cultural fragmentador, degenerativo, o qual pode ser rompido para tornar-se um modelo epistemológico de regeneração, em prol da compreensão da unicidade cósmica.[19]

Segundo Capra (1996), há uma força unificadora por meio da qual toda a vida é integrada numa grande totalidade. Existe, na ordem universal, um misterioso laço que une os seres humanos aos pássaros, aos insetos, ao Sol, à Lua e às estrelas. Todos os seres vivos estão conectados uns aos outros.[20]

A complexidade da vida e da relação homem/natureza segue um caminho de unidualidade, complementar e interdependente, que permite múltiplas entradas e identidades. "Em cada elemento humano há uma representação do Universo. E em todas as partículas elementares, em infinita dança, encontra-se a expressão do equilíbrio da vida" (CHARDIN, 1970, p.23).

Estamos todos, compreendamos ou não, diante da interação permanente de todas as coisas em face da inexistência de elementos isolados. Matéria e energia interagem em todos os campos na dinâmica da vida, em relação dialógica. Com a superação do paradigma cartesiano-newtoniano, desponta uma "nova racionalidade". E uma "holoepistemologia encontra-se em franca gestação, integrando e indo além da epistemologia cartesiana e da concepção dialética clássica" (CREMA, 1989, p.15).

Tal reflexão nos conduz ao princípio da unicidade ou unidade. Reconhecer a unidade significa repensar o modelo epistemológico alicerçado na divisão entre o homem e o meio ambiente; o homem e a natureza. Ocorre que, no nível mais profundo do ser, percebe-se a mesma essência de tudo o que existe no universo. Entretanto, tal concepção contrasta com o paradigma

---

19 Para Morin; Kern (2005b, p.64), é preciso o despertar de uma consciência regenerativa para que seja restaurado o laço que une o homem e a natureza.Tudo o que vive deve se regenerar permanentemente: o Sol, o ser vivo, a biosfera, a sociedade, a cultura, o amor. Esse é frequentemente nosso infortúnio, é também nossa graça e nosso privilégio. Tudo o que é precioso na Terra é frágil e raro. É assim igualmente com nossa consciência.

20 Para o mestre budista Ikeda, "o que chamamos de ser humano é produzido e mantido pela harmonia e a unidade de diversas forças, entre as quais a da gravidade no universo, a corrente de energia fornecida pelo sol e o somatológico fio que trama toda a natureza como num tecido" (IKEDA, 2003, p.38).

ocidental dominante, o qual nos conduz a pensar que somos indivíduos separados, dotados de autonomia, em relação dualista com a natureza.

A relação entre o ser humano e o seu ambiente natural e simbólico é explicada no budismo pela unicidade do sujeito e do ambiente, o que significa dizer que o homem e seu ambiente, embora constituam duas expressões da realidade, formam uma unidade indivisível ou unidual. O sujeito constitui-se na autonomia da vida humana, e o ambiente é onde ela se realiza.

Como consequência de tal relação unidual, Danah Zohar, na obra O ser quântico, afirma que tudo o que cada um de nós faz afeta todos os demais, direta e fisicamente. Sou guardiã de meu irmão porque meu irmão é parte de mim, assim como minha mão é parte do meu corpo. Se machuco minha mão, meu corpo inteiro sente a dor. Ao ferir minha consciência — ocupando-a com pensamentos maliciosos, egoístas ou maldosos — estou ferindo todo o 'campo' não localmente conectado da consciência. Cada um de nós, em virtude do nosso relacionamento integral com os outros, com a natureza e com o mundo dos valores, tem a capacidade de beatificar ou manchar as águas da eternidade. Portanto, cada um de nós carrega como resultado de nossa natureza quântica uma tremenda responsabilidade moral. Eu sou responsável pelo mundo porque, nas palavras de Krishnamurti, 'eu sou o mundo'. Ou na expressão de Jung: 'Se as coisas vão mal no mundo, isso é porque algo vai mal com o indivíduo, porque vai mal comigo. Portanto, se sou uma pessoa sensata, vou me endireitar primeiro'. (ZOHAR, 1990, p. 206)

Essa reflexão sobre a natureza quântica do ser humano nos conduz à responsabilidade de proteção da dignidade planetária, tal como uma dimensão ampliada, não antropocêntrica, da dignidade humana. Cada um de nós, em virtude do nosso relacionamento integral com a natureza, tem o compromisso, como cidadão planetário, de proteção da dignidade humana, o que implica no dever de cuidar de nossa "Terra-Pátria", na feliz expressão de Morin (2005b).

O reconhecimento jurídico-constitucional do Princípio da Dignidade Planetária, como uma concepção ampliada do Princípio da Dignidade Humana, emerge da compreensão do profundo sentido da unidualidade homem/natureza, pois se o homem abrir os olhos para o harmonioso ritmo do universo e coexistir pacificamente com todas as formas de vida, será assegurada a função do fio com que é tecida a existência; caminhar-se-á para a criação de um novo universo, no qual a humanidade será repleta de amor, confiança e compaixão. Tal transformação da mente humana proporcionará à natureza a possibilidade de continuar realizando a sua tarefa criativa. O ritmo harmonioso da unidade cósmica, em interação com seres humanos conscientes de que compõem uma só vida, proporcionará a unidade

da existência subjetiva e o meio ambiente objetivo, na busca da regeneração de uma relação pacífica e em cooperação com o universo.

Se, entretanto, os seres humanos permanecerem aprisionados à concepção individualista, antropocêntrica, egoísta e fragmentada, separados da natureza que os integra, na ilusão que alimenta o ódio e toda a barbárie que conduz à destruição e ao subdesenvolvimento dos espíritos, consequentemente os outros seres vivos serão destruídos e a própria natureza sucumbirá, pois será rompido o laço da vida que mantém o equilíbrio do cosmos.

Por outro lado, torna-se necessário transcender a concepção individualista da liberdade e da dignidade para contextualizá-la no conjunto de relações do indivíduo humano com o outro e com a natureza. Isso implica em reconhecer as profundas carências, dependências e incompletudes muito mais do que conceber a dignidade em face da autonomia do indivíduo. Tal percepção, que podemos designar, juntamente com Morin, de humanismo planetário, capacitar-nos-ia, finalmente, a experimentar uma nova era do Direito, muito mais voltado para a garantia do bem-estar da comunidade planetária do que do bem-estar e da liberdade do indivíduo e das nações.

O fundamento dessa compreensão encontra-se na constatação de que é preciso retomar a compreensão do sujeito humano como termo da trindade indivíduo/sociedade/espécie. Cada um desses termos contém os outros. Os indivíduos estão na espécie, mas também a espécie está nos indivíduos; não só os indivíduos estão na sociedade, mas a sociedade também está nos indivíduos, impregnando-os de sua cultura desde o nascedouro. O sujeito humano é produto do processo reprodutor da espécie humana. Entretanto, tal processo é produzido pelos indivíduos. Indivíduo/sociedade/espécie são termos interdependentes e complementares. São meios e fins uns dos outros. A cultura e a sociedade permitem a realização dos indivíduos, as interações entre os indivíduos permitem a propagação da cultura. Assim, a sociedade se auto-organiza. Entretanto, os valores culturais da modernidade, centrados na autonomia do indivíduo, produziram o predomínio do indivíduo sobre os demais termos da trindade, o que ensejou a cegueira antropológica que nos tem impedido de perceber o outro, obstruindo a compreensão comunitária da dignidade humana.

Observamos que a liberdade experimentada pelo humano encontra-se condicionada a inúmeras interdependências. Esse é o sentido da concepção de auto-eco-organização do ser humano. Somos seres auto-eco-organizados, pois além do processo de *autopoiese* que constitui nossa auto-organização, estamos interconectados a tudo o que nos cerca, e essas inter-relações limitam nossa liberdade individual. Os outros seres, humanos e não-humanos, e a própria natureza impõem condições para o exercício da liberdade. Precisamos, portanto,

garantir a liberdade do homem diante das múltiplas interdependências. No plano jurídico, é preciso aferir o espaço dessa liberdade individual face às nossas relações intersubjetivas. A tradição moderna, inspirada em Kant, induz a pensar que somos seres livres e autônomos. A construção do Direito ocidental sempre fixou seus alicerces na ideia da liberdade do homem. Nesse mesmo ideário também se construiu, historicamente, a trajetória dos direitos do humanos.

No entanto, precisamos compreender a liberdade no contexto das múltiplas interdependências da condição humana. Ocorre que a ideia da liberdade como autonomia do sujeito tem estimulado a separação e a mutilação do homem. É necessário, portanto, que façamos o movimento contrário, coerente com a realidade das interdependências, o qual seja capaz de promover a religação do homem aos seus semelhantes, à natureza e ao universo.

Juridicamente falando, isso quer dizer que é necessária uma compreensão integral do Princípio da Dignidade Humana em comunhão com o Princípio Protetivo do Meio Ambiente como um todo, transcendendo a percepção exclusivamente individualista e antropocêntrica, porque a dignidade humana, numa percepção ampliada, compreende a Dignidade Planetária.

Entretanto, mais do que defender o Princípio da Dignidade Humana como o epicentro do sistema jurídico, torna-se mister a compreensão antropoética do núcleo intangível de sua proteção. Isso significa dizer que existe um núcleo essencial de proteção da pessoa humana que é imutável, ou seja, não sujeito a variações histórico-culturais. A percepção antropoética desse núcleo significa relacionar a condição humana à identidade planetária do homem.

A compreensão dos fatos e atos jurídicos também deve ocorrer sob esse mesmo prisma, ou seja, todos os fatos sociais relevantes, que são incorporados pelo Direito, devem ser valorados segundo o Princípio da Dignidade Humana na perspectiva complexa. Isso significa dizer, por exemplo, que um simples contrato de compra e venda, que está sendo firmado aos milhões, neste instante, em todo o mundo, deve ser informado, em sua essência, pelo princípio ora em defesa.

No entanto, observamos que os atos e fatos jurídicos, de forma global, não têm sido pautados, em sua maioria, por esse princípio. Basta lembrarmos os inúmeros contratos de trabalho que são firmados, cotidianamente, em desrespeito aos direitos sociais, cujas condições não atendem às exigências mínimas de dignidade, sem falar nos milhares de trabalhadores que são contratados em regime de escravidão. Por outro lado, podemos citar os inúmeros negócios jurídicos que estão sendo realizados neste instante, os quais representam potenciais danos ao meio ambiente, isto é, à dignidade humana em sua dimensão planetária.

A não observância do que é fundamental, ou seja, o Princípio da Dignidade Humana e Planetária, revela uma profunda crise dos fundamentos da nossa sociedade e do próprio Direito. A origem dessa crise encontra-se, essencialmente, na concepção puramente formal do Direito, alimentada pelo positivismo ainda impregnado no pensamento jurídico atual. Tal concepção, que encontrou a sua máxima expressão na Teoria Pura do Direito, foi responsável pela grande ruptura entre Direito e Ética; Direito e Política. Especialmente no século XIX até meados do século XX, o Direito permaneceu cego em relação à sua responsabilidade política e ética na sociedade. Podemos dizer que durante esse período produzimos uma ciência jurídica sem consciência e sem alma, incapaz de refletir sobre si mesma e questionar sobre a sua finalidade ético-política complexa, a qual configura-se na tríade liberdade-igualdade-fraternidade no sentido material, fenomenológico, comportando, portanto, as próprias contradições.

Os efeitos dessa cegueira epistemológica repercutem até hoje, sendo que o emergir da consciência antropoética da ciência do Direito ainda encontra-se recalcado. Este estudo tem o intuito de contribuir para a ebulição de uma nova consciência jurídica, verdadeiramente irrigada pelas fontes éticas de religação do homem com o seu semelhante, com a comunidade, com a sociedade, com a espécie humana, com a natureza e com o planeta.

É preciso que retornemos às fontes cósmicas capazes de regenerar o circuito de religação indivíduo-espécie-sociedade e nos conduzir a uma nova aliança do homem com a natureza, que deve ser informada pela sabedoria antropológica complexa. O próprio universo é produto da interação das forças de separação/ dispersão e forças de religação, que são minoritárias. Isso é o que revela o segundo princípio da termodinâmica. A vida surge como uma vitória inusitada das virtudes da religação. Há certamente um gênio da organização e da unidade. Precisamos nos voltar para esse gênio com o intuito de regenerarmos as forças de religação. Segundo Morin (2005a), a humanidade participa do tetragrama cósmico ordem-desordem-interações-organização, que estabelece a relação entre as forças de religação (regeneração/vida) e as forças de separação (degeneração/morte). A religação antropológica/cósmica se dá através da solidariedade, da fraternidade e do amor, o qual se constitui na religação suprema, a expressão superior da ética. Conectar-se ao amor significa conectar-se à religação cósmica. Voltando à inspiração literária de Clarice, "a revelação do amor é uma revelação de carência – bem-aventurados os pobres de espírito porque deles é o dilacerante reino da vida" (LISPECTOR, 2005, p.27).

É preciso redefinir a liberdade como responsabilidade-para-com os outros. Inserindo tal reflexão no âmago do Direito, significa compreender que o sentido das próprias ciências, e da ciência do Direito em especial, é a

realização fenomenológica do Princípio da Dignidade Humana numa perspectiva transcendente, complexa, capaz de abarcar não apenas o ser humano, individualmente considerado, mas a humanidade como um todo, e o cosmos.

Esse novo tempo para o Direito deve emergir fundado no Princípio Esperança, de Ernst Bloch. Precisamos conceber a importância do sonho desperto em sua função específica de melhoria do mundo, do nosso mundo interior e exterior. A condição do ser humano como um permanente vir-a-ser inconcluso, inacabado, constitui-se na base do Princípio Esperança, pois tudo está para ser construído. Alimentamos a utopia concreta de construir um novo Direito no reino das infinitas possibilidades. A porta entreaberta é a imagem da esperança, visto que esta se constitui no bem que ainda resta aos homens. "A esperança é como o girassol, que à toa se vira em direção ao sol. Mas não é à toa: virar-se para o sol é um ato de realização de fé" (LISPECTOR, 2005, p.31). Não há esperança sem angústia, nem angústia sem esperança, ambas se mantêm mutuamente em suspenso. "No entanto, a esperança sendo possivelmente ilusória, tal como fogo-fátuo, deve ser uma esperança sabedora, uma em si mesma previamente refletida" (BLOCH, 2005, p.325).

Constitucionalmente falando, precisamos estabelecer um Novo Contrato, O Contrato Natural, conforme desejado por Michel Serres, o qual seja capaz de fazer renascer em nós a natureza que nos deu vida. Tal contrato tem o intuito de religar o homem, no sentido individual, à humanidade, na perspectiva planetária, bem como religar tal humanidade à natureza, ao cosmos, pois o Contrato, nessa perspectiva, implica-nos, como indivíduos, a participar da comunidade planetária, misturando, na coletividade, os indivíduos solitários, que passam a constituir uma aliança com a humanidade e com a natureza de que fazem parte. Tudo isso implica no reconhecimento da necessária simbiose entre o Homem e a Terra em verdadeira comunhão planetária.

> Existir é tão completamente fora do comum que se a consciência de existir demorasse mais de alguns segundos, nós enlouqueceríamos. A solução para esse absurdo que se chama 'eu existo', a solução é amar um outro ser que, este, nós compreendemos que exista.
>
> **Clarice Lispector**

E é justamente nessa condição de amarmos outros seres que compreendemos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A partir desse metaprincípio e dessa compreensão poderá ser edificada uma epistemologia complexa do Novo Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria da Conceição de**. Complexidade e cosmologias da tradição**. Belém: EDUEPA; UFRN/PPGCS, 2001.

_____. Borboletas, homens e rãs. **Revista Margem**, São Paulo, n.15, p.41-56, jun. 2002a.

_____. O lado onírico da ciência. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n.23, p.62-69, ago. 2002b.

_____; KNOBBE, Margarida Maria. **Ciclos e metamorfoses**: uma experiência de reforma universitária. Porto Alegre: Sulina, 2003.

_____. A ciência como bifurcação: uma homenagem a Ilya Prigogine. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n.25, p. 26-33, abr. 2004.

_____. O método 6: ética. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n.27, p.139-143, ago. 2005.

BACHELARD, Gaston. **A poética do espaço**. Trad. Antônio da Costa Leal. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

BLOCH, Ernest. **O princípio esperança**. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v.1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPRA, Frijof. O tao da física**: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Cultrix, 1995.**

_____. A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichembarg. São Paulo: Cultrix, 1996.**

CHARDIN, Pierre Teilhard de. O fenômeno humano**. Trad. León Bourbon e José Terra. Porto: Tavares Martins, 1970.**

CREMA, Roberto. Introdução à visão holística: **breve relato de viagem do velho ao novo paradigma. São Paulo: Summus Editorial, 1989.**

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. **Fretilin:** manual e programas políticos. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/cplp/timor/fretilin.htm>. Acesso em: 02 jun. 2008.

FALK, Richard. **Human Rights and State Soverignty**. Nova York: Holmes and Meier, 1981.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo

Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.89-151.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Cátedra, 2001.

HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Trad. Maria Alice Sampaio Doria. Brasília: EdUnb, 1995.

HILDEGARD, Santa. **Meditações com Hildegard de Bingen**. Trad. Barbara Theoto Lambert. São Paulo: Editora Gente, 1993.

IKEDA, Daisaku. **Vida:** um enigma, uma jóia preciosa. Trad. Limeira Tejo. Rio de Janeiro: Record, 2003.

____; DE ATHAYDE, Austregésilo. **Direitos Humanos no Século XXI**. Trad. Masato Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000.

_____; HENDERSON, Hazel. **Cidadania planetária**. Trad. Mitiyo Santiago Murayama. São Paulo: Brasil Seiko, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria mas nada vale na prática. Trad. Paulo Quintela. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1988, p.77-78.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. Rui Vieira Nery. Coimbra: Arménio Amado editor, 1979.

KLOEPFER, Michael. **Vida e dignidade da pessoa humana**. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153-184.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LISPECTOR, Clarice. **Felicidade clandestina**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

_____. **Um sopro de vida**. Rio de janeiro: Rocco, 1999.

_____. **Água viva**. Rio de janeiro: Rocco, 2004.

_____. **Aprendendo a viver:** imagens. Rio de janeiro: Rocco, 2005.

MATURANA, H.; VARELA, F. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas do entendimento humano. Trad. Vera Caputo. Campinas: Editorial Psi, 1994.

MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.61-87.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **A fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **A dignidade do homem**. Trad. Maria Adozinda Soares. São Paulo: Estratégias Criativas, 1999.

MORIN, Edgar. **Introdução à política do homem e argumentos políticos**. Trad. Celso de Sylos. São Paulo: Forense, 1980.

_____. **Inteligência da complexidade**. Trad. Nurimar Maria Falcini. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1998.

_____. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Trad. Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **O método 4:** as idéias. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002.

_____. **Ciência com consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand, 2003a.

_____. **O método 5:** a humanidade da humanidade. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2003b.

_____. **O Método 3:** o conhecimento do conhecimento. Trad. Juremir Machado da Silva. São Paulo: Sulina. 2003c.

_____; CYRULNIK, Boris. **Diálogo sobre a natureza humana**. Trad. António Oliveira Cruz. Lisboa: Instituto Piaget, 2004a.

_____. **Educar na era planetária**. Trad. Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2004b.

_____. O **Método 6:** ética. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005a.

_____; KERN, Anne Brigitte. **Terra – pátria**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2005b.

PANIKKAR, Raimundo. Is the notion of human rights Western Concept?. **Interculture**, v.27, n.1, Cahier, 1984.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POPPER, Karl. **The logic of Scientific Discovery**. New York, 1968.

PRIGOGINE, Ilya. **Ciência razão e paixão**. Belém: Universidade do Estado do Pará, 2001.

_____; STENGERS, Isabelle. **Entre o tempo e a eternidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de interesse público**, Rio de janeiro, v.4, p.23-48, 1999.

ROSNAY, Joël de. **O macroscópio:** para uma visão global. Trad. Maria Adozinda Soares. São Paulo: Estratégias Criativas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO Joaquim Falcão e Cláudio (Org.). **Sociologia e direito:** leituras básicas da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1980, p.109-117.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 1987.

_____. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Boaventura defende o Estado forte. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 6 abr. 1998. Secção Geral.

_____. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Revista do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n.3, 2001.

_____. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.**

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.45-59.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdisção constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VARELA, Franciso J.; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. **A mente incorporada**. Trad. Maria Rita Secco Hofmeister. Porto Alegre: ArtMed, 2003.

ZOHAR, Danah. **O ser quântico**. Trad. Maria Antônia Van Acker. São Paulo: Best Seller, 1990.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, MÉTODOS E PRINCÍPIOS

José Augusto Perez Filho[1]

Sumário: 1 Introdução; 2 Métodos de interpretação da Constituição; 2.1 Interpretação em sentido amplo e em sentido estrito; 2.2 Elenco de métodos de interpretação; 2.2.1 Métodos clássicos de interpretação; 2.2.1.1Interpretação gramatical; 2.2.1.2 Interpretação lógica; 2.2.1.3 Interpretação analítica; 2.2.2 Métodos modernos de interpretação; 2.2.2.1 Método lógico-sistemático; 2.2.2.2 Método histórico-teleológico; 2.2.2.3 Método voluntarista da Teoria Pura do Direito; 2.2.3 Métodos de Interpretação da Constituição; 2.2.3.1 Método jurídico; 2.2.3.2 Método prático-problemático; 2.2.3.3 Método hermenêutico-concretizador; 2.2.3.4 Método integrativo ou científico-espiritual; 2.2.3.5 Metódica jurídica normativo-estruturante; 2.2.3.6 Método concretista da Constituição aberta; 2.2.3.7 Interpretação comparativa; 3 Princípios de interpretação da Constituição; 3.1 Princípio da Unidade da Constituição; 3.2 Princípio do efeito integrador; 3.3 Princípio da máxima efetividade; 3.4 Princípio da conformidade funcional (ou da justeza); 3.5 Princípio da Concordância prática ou da harmonização; 3.6 Princípio da Força Normativa da Constituição; 4 Métodos e princípios como marcos interpretativos; 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta ao leitor, variados métodos de interpretação da Constituição, ao lado dos princípios interpretativos que devem nortear a aplicação de alguns desses métodos.

Todo o nosso ordenamento jurídico funciona em razão da Lei Maior na qual está calcado. Esta, por sua vez, regula o Estado de maneira mais geral e abstrata do que uma norma que podemos chamar de **comum**. Por sua maior abstração, a Constituição demanda daqueles que pretendem descortinar seus enigmas um trabalho interpretativo mais acurado, surgindo, do pensar como suprir essa necessidade especial de interpretação, diversos métodos.

Cuidamos, em um momento inicial, de apresentar conceitos para o termo interpretar, em suas acepções estrita e ampla.

---

1 Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte – FESMP. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Procurador Geral de Justiça do Rio Grande do Norte.

Começamos por tratar dos métodos clássicos de interpretação: a interpretação gramatical, a lógica e a analítica. Posteriormente, descrevemos os métodos modernos de interpretação: o lógico-sistemático, o histórico-teleológico e o voluntarista da Teoria Pura do Direito.

Na continuação do texto, aqueles métodos idealizados para a interpretação da Constituição são especificados e descritos com vagar: o método jurídico, o método prático-problemático, método hermenêutico-concretizador, o integrativo ou científico-espiritual, a metódica jurídica normativo-estruturante, o método concretista da Constituição aberta e, por fim, a interpretação comparativa.

Mas entendemos que não basta o conhecimento acerca dos métodos, fazendo-se necessário também o conhecimento de como manejá-los.

A maneira que a doutrina aponta para a realização da tarefa interpretativa, utilizando-se os métodos descritos, é fazendo uso dos princípios de interpretação da Constituição.

Os princípios que acreditamos mais relevantes estão relacionados, descritos e comentados: o princípio da unidade da Constituição, o do efeito integrador, o da máxima efetividade, o da conformidade funcional (ou da justeza), o da harmonização (ou da concordância prática) e o princípio da força normativa da Constituição.

2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

2.1 INTERPRETAÇÃO EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO

O marco inicial do presente trabalho deve ser, necessariamente, definir qual será o alcance do verbo *interpretar* tomado por nós a partir deste ponto.

Compreender, extrair o significado, entender o conteúdo de determinados símbolos ou signos. Em sentido amplo, tudo isso é **interpretar**.[2]

Considerando essa identificação existente entre interpretar e compreender, pode-se afirmar que interpretação e compreensão têm, a princípio, o mesmo significado[3].

Quando tratamos de norma jurídica, interpretar é realizar uma atividade intelectual que busca estabelecer o sentido daquela (norma), com o fim de viabilizar sua aplicação a casos particulares e concretos. Tornando possível, com o **desentranhamento** de seu sentido, que se apliquem os enunciados

---

2 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.78.

3 PERALTA, Ramón. **La interpretación del ordenamiento jurídico conforme la norma fundamental del estado.** Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, p.4.

normativos, por natureza abstratos e gerais, a casos particulares e concretos da vida em sociedade[4].

Chegando a este ponto, é preciso observar que, em sentido estrito, interpretar adquire conotação diversa.

Não que seja diversa por ser de todo diferente, mas por ser mais complexa e envolver elementos mais específicos do que aqueles mencionados na noção ampla do termo interpretar.

Há situações nas quais **compreender** o significado de determinada palavra não se mostra medida suficiente para se alcançar o sentido exato de certas palavras ou expressões[5].

Na linguagem jurídica, são comuns palavras e expressões com significados ambíguos ou imprecisos, tornando-se imprescindível um trabalho de **interpretação em sentido estrito**.

Nesse sentido, a interpretação é operação lógica, de caráter técnico, através da qual é investigado o exato significado de uma norma jurídica, por vezes obscura ou imprecisa.[6]

Isso não quer dizer que normas claras ou precisas dispensem interpretação, porque esta se faz sempre necessária, nem que seja apenas para demonstrar a clareza ou precisão da norma. É a refutação do brocardo jurídico *"in claris cessat interpretatio"* que, apesar de escrito em latim, não tem origem romana, já que era em sentido oposto a lição de Ulpiano, que dizia "embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva".[7]

Aqui lançamos mão dos três contextos nos quais se desenrola a interpretação em sentido estrito, citados por Jerzy Wróblewski, aos quais se refere Eros Grau[8].

O primeiro contexto é o **linguístico.** Nele, as dúvidas são decorrentes de ambiguidades, de zonas de penumbra, vagueza e imprecisão que caracteriza, o emprego da linguagem pelo autor das normas.

Atribui Eros Grau esse fato ao uso da linguagem natural pelo Direito.

O contexto **sistêmico** é o segundo no qual se desenrola a interpretação em sentido estrito. Dá-se a necessidade de interpretar em razão do significado

---

4 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p.55.

5 GRAU, op. cit., p.178.

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.398.

7 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.33.

8 GRAU, op. cit., p.179.

aparente da norma se apresentar inconsistente ou incoerente ao ser cotejado com norma diversa inserida no mesmo sistema jurídico que comporta a anterior.

É preciso, assim, que se analisem as normas dentro do sistema, posto que: a) elas se relacionam de modo subjetivo e formal; b) há hierarquia entre elas, existindo tipos normativos distintos e também formas e modalidades diversas de normas (princípios e regras; normas gerais e especiais; primárias e secundárias etc.); c) a ideia de consistência do sistema não permite a presunção de contradição entre as normas que o compõem; e d) a coerência do sistema pressupõe a harmonia entre suas normas.

Em um terceiro contexto, **o funcional,** surge a necessidade interpretativa tendo em vista variadas funções que podem ser atribuídas à mesma norma, sendo tais funções excludentes ou conflitantes entre si.

Com isso, tem-se que, para se interpretar uma norma, examiná-la sob o contexto linguístico, o sistêmico e o funcional, para só então extrair dela o entendimento mais correto ou adequado.

2.1.1 Elenco de Métodos de Interpretação

É justamente em razão de um significado em sentido estrito para interpretar, que ao falarmos em interpretação constitucional, ou de normas da constituição, precisamos adotar métodos apropriados para alcançarmos o real entendimento acerca do disposto na Lei Maior.

O nosso ordenamento jurídico absorveu, de há muito, a ideia da Constituição como lei suprema (a *paramount law* do Juiz Marshall).

É a lei fundamental, que consolida bens e valores jurídico-políticos elevados pelo legislador constituinte à qualificação de supremos, ao serem comparados com os demais[9].

Essa Lei Maior, que traça as diretrizes básicas e primordiais para a organização do Estado, a estruturação dos Poderes e as limitações ao exercício de tais Poderes (direitos e garantias fundamentais), além de cuidar de uma infinidade de assuntos correlatos, em se tratando de uma Constituição analítica como a do Brasil de 1988, necessita, tal como qualquer outra lei, ter desvendado o significado e o alcance das normas nela dispostas.

Como adverte Juan Ramón Capella, a interpretação das normas contidas na Constituição, em um testamento, em uma norma penal ou em um regulamento administrativo, deve obedecer a exigências próprias de cada caso[10].

---

9 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. **Revista da Esmape**, Recife, v.2, n.4, p 467-495, abr-jun. 1997, p.467.

10 CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos del análisis jurídico.** Madrid: Trotta, 1999, p.128.

Referidas exigências são tanto de ordem jurídico-internas, relativas à especialidade jurídica da qual se trata, quanto materiais, sobre as relações sociais objeto do disciplinamento jurídico[11].

A atividade de interpretar a Constituição, portanto, exige o emprego de regras específicas, atinentes e condizentes com a condição de norma suprema que lhe é reconhecida.

Com isso, não se está defendendo, quando do ato interpretativo da Lei Maior, a exclusão de regras comuns e fundamentais de interpretação, que tanto servem para as *leis comuns* quanto para a Constituição.

As normas infraconstitucionais, embora sejam, por natureza, gerais e abstratas, têm a sua substância, o seu sentido e o seu direcionamento expostos de maneira relativamente elevada.

Por outro lado, as normas constitucionais caracterizam-se por apresentar uma conformação normativo-material fragmentária e fracionada, para usarmos expressões de Inocêncio Mártires Coelho[12]. É a menor densidade das regras constitucionais (e dos princípios constitucionais), de que fala Eros Grau[13].

Essas características peculiares, que diferenciam umas normas das outras, justificariam o emprego a partir de certo ponto, de regras interpretativas peculiares à busca do entendimento mais adequado do conteúdo constitucional.

Um outro fator responsável pela peculiar interpretação das normas constitucionais é a sua caracterização como instrumento de jurisdicização do político. O que implicará a necessidade de ponderação de valores políticos, valores estes representados pelos princípios abraçados pela Constituição, quer de maneira explícita, quer implicitamente.

No presente estudo não se busca estabelecer critérios irrefutáveis para a hermenêutica constitucional. O que se busca é tão somente constatar a existência de métodos de interpretação da Constituição que lhe são próprios.

2.1.2 Métodos clássicos de interpretação

Seguindo tal premissa, podemos elencar, valendo-nos da lição de Paulo Bonavides[14], como métodos clássicos de interpretação, quanto aos meios empregados, a interpretação gramatical, a lógica e a analógica.

---

11 Ibid.

12 COELHO, 1997, p.77.

13 GRAU, 2001, p.180.

14 BONAVIDES, 998, p.400

2.1.2.1 Interpretação gramatical

A interpretação gramatical volta-se para o significado literal das palavras, examinadas de modo isolado ou no contexto da frase, utilizando-se meios gramaticais e epistemológicos.

Em resumidas contas, a crítica que se faz ao método gramatical é que, embora aparentemente simples e de fácil utilização, é portador de graves inconsistências, em razão da flexibilidade que se pode dar aos significados das palavras, ora alargando-os demasiadamente, ora restringindo-os desarrazoadamente, o que gera insegurança jurídica.

2.1.2.2 Interpretação lógica

A interpretação lógica busca determinar a intenção ou vontade do legislador, ao examinar a lei de modo conexo com as demais, indagando também acerca dos fundamentos e condições de sua origem e elaboração.

Busca, pois, entender o que diz a norma e o que pretendeu o legislador ao dizer o que fez constar na norma.

2.1.2.3 Interpretação analítica

A interpretação analítica, ou como ressalva Bonavides[15], o processo de integração por analogia, parte do pressuposto de que é possível aplicar-se a determinada hipótese não prevista em lei, o que está disposto para situação assemelhada[16].

Para o emprego da interpretação analógica, não são suficientes meras afinidades aparentes ou semelhanças formais. As duas hipóteses precisam assemelhar-se nos efeitos e na essência[17].

2.2.2 Métodos modernos de interpretação

Ao tratarmos dos métodos modernos de interpretação, falaremos em breves linhas do método lógico-sistemático, do histórico-teleológico e do voluntarista da Teoria Pura do Direito. Essa relação, ainda que não composta por todos os possíveis métodos modernos, traz os que mais aceitação tiveram no mundo do Direito.

---

15 Ibid.

16 MAXIMILIANO, 1984, p.208.

17 MAXIMILIANO, 1984, p.212.

2.2.2.1 Método lógico-sistemático

Este método busca elucidar a norma estabelecendo relações ou interconexões de normas (de um sistema), utilizando argumentos lógicos.

2.2.2.2 Método histórico-teleológico

Parte da elaboração de um histórico da proposta legislativa, de modo que se tenha elucidadas as condições nas quais nasceu ou surgiu, estabelecendo um vínculo com a finalidade da norma (teleologia).

2.2.2.3 Método voluntarista da Teoria Pura do Direito

O maior expoente entre os defensores deste método é Hans Kelsen.

O citado método considera a interpretação como um ato de decisão e não de cognição, o que torna a opção do intérprete por determinado significado um ato de vontade, mais do que de atividade puramente intelectual.

Refuta Kelsen o método interpretativo que indica a existência de apenas uma solução correta a ser aplicada ao caso concreto, resultante de ato "intelectual de clarificação e de compreensão", sem interferência da vontade do intérprete, mas tão somente, de sua razão.

Para o jurista austríaco, ao se buscar a aplicação do direito pela interpretação, se está diante de uma moldura imposta pela norma, dentro da qual é possível extrair várias interpretações. São várias soluções, igualmente válidas, embora só uma vá ser escolhida pelo órgão aplicador do direito[18].

Feitas essas considerações sobre os métodos de interpretação em geral, centremos nossa atenção nos métodos de interpretação da Constituição.

2.3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

São numerosos e variados os métodos que a doutrina e a jurisprudência desenvolveram para sistematizar a interpretação das normas constitucionais.

Cada método leva em consideração critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) distintas mas que, em regra, se complementam[19].

Apontaremos a seguir alguns dos métodos de interpretação da Constituição, sem interesse, porém, de esgotar um rol porventura existente, de tais métodos, mas buscando caracterizá-los de maneira adequada, permitindo a percepção da distinção entra cada um dos que forem enumerados.

---

18 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1196.

2.3.1 Método jurídico

O método jurídico é o método hermenêutico clássico. É calcado em bases objetivistas. A análise da Constituição como lei é o seu fundamento. Para tanto, faz uso de elementos interpretativos tradicionais (gramatical, lógico, histórico, teleológico).

Tem-se, assim, a Constituição estudada – com a finalidade de vê-la interpretada – juridicamente, sem que os limites da "legalidade" impostos pelo texto sejam ultrapassados, impedindo interpretações que partam para o emprego de recursos outros que não sejam estritamente jurídicos.

Toda a tarefa de percepção da norma deve ser desenvolvida no interior da própria norma, sem exceder a esfera positiva da Constituição[20].

2.3.2 Método prático-problemático

O método tópico fundamenta-se no pensamento do problema posto.

Ele pretende resolver um problema concreto, valendo-se, para tanto, de argumentos diversos, trazidos por todos os envolvidos na questão. Tais argumentos constituem os variados pontos de vista (tópoi) que cercam o problema sob análise.

A tópica pensa o problema, buscando a solução mais adequada (justa) para o caso concreto.

É método abrangente, aberto, pois se vale não apenas das normas positivadas para encontrar a substância da norma a ser interpretada. Lança mão de tudo o que cerca o direito, esteja escrito ou não.

Aspectos positivos e negativos do método tópico são apontados na doutrina.

A favor do método há a vantagem de não estar preso apenas à letra da lei, indo além dela na busca da solução para o objeto de estudo.

Como não está adstrito à lei, mesmo na inexistência desta, poderia solucionar satisfatoriamente a questão.

O método tópico abre a possibilidade de se utilizarem todos os meios interpretativos convenientes ao esclarecimento e à solução do problema.

Os argumentos contrários a esse método surgem justamente a partir dessa extensa abertura interpretativa que lhe é peculiar. Como ele parte do problema para a norma, valendo-se de vários pontos de vista e opiniões, corre-se o risco de optar o intérprete por soluções casuísticas, de conveniência exclusiva

20 BONAVIDES, 1998, p.423.

daquele que analisa a questão[21], embora a argumentação persuasiva tenha por ponto de apoio essencial o consenso[22].

2.3.3 Método hermenêutico-concretizador

Chamado também método interpretativo de concretização, esse método gira em torno de três elementos que lhe são fundamentais: a norma que se busca concretizar, a pré-compreensão do intérprete quanto ao sentido que a norma posa ter e o problema concreto para o qual se busca solução[23].

Os que fazem uso desse método não aceitam a ideia de sistema e unidade constitucional, posto que vêem a solução do problema diante do caso concreto, de modo direto, sem a ater-se a formalismos de natureza abstrata.

Deverá o intérprete, onde houver obscuridades, determinar o conteúdo material da Constituição[24], valendo-se de sua pré-compreensão.

O método hermenêutico-concretizador mantém a posição de ascendência do texto constitucional com relação ao problema, ao contrário do que ocorre com o método tópico-problemático, para o qual o problema a ser solucionado pode sobrepor-se à norma.

2.3.4 Método integrativo ou científico-espiritual

A essência deste método está em pensar a Constituição como um todo, que deve ser interpretado considerando-se o conjunto, e não cada aspecto isoladamente.

O método integrativo vem se contrapor ao formalismo do positivismo, vez que este, no labor de buscar a interpretação da norma-problema, não hesita em apontar solução que contradiga ou se oponha ao todo normativo.

A visão formal do positivismo tradicional dá lugar, com o método interpretativo, a uma análise crítica do conteúdo constitucional, visto de maneira global, não apenas formal, mas também substancial e teleológica.

Desse modo, o intérprete que lança mão desse método tem que considerar os valores presentes na Constituição, captar-lho o *espírito* (visto este como os fatores extraconstitucionais que a informam), para com isso chegar ao sentido e à realidade do texto constitucional, de modo a compreendê-lo como espiritualmente integrado à sociedade por ele regida.

---

21 CANOTILHO, 2002, p.1198.

22 BONAVIDES, op. cit., p.453.

23 Ibid, p.440.

24 Ibid, p.439.

2.3.5 Metódica jurídica normativo-estruturante

Conhecido também como método concretista de inspiração tópica, e tendo como principal teorizador Friedrich Müller[25], cuida de estruturar e racionalizar a atividade de concretizar a norma. A racionalização metodológica vem colocar fim à abertura interpretativa deixada pela tópica[26].

Trata-se de um método concretista, que pretende obter uma decisão prática com o trabalho interpretativo, valorizando a Constituição ao tentar fazê-la compreendida no mundo real, mais além da mera interpretação dada pelo positivismo formalista, por levar em conta o fato, o programa da norma e o âmbito normativo[27].

Com isso, temos que o método em estudo, ao realizar a concretização normativa, considera tanto os elementos fruto da interpretação pura e simples da norma, quanto os elementos que dizem respeito ao âmbito da norma, os dogmáticos, os teóricos, os técnicos e os político-jurídicos.

Alguns desses elementos mantêm uma relação direta com a norma, enquanto outros só mantêm com ela um relacionamento indireto, sendo que aqueles têm prioridade de emprego em caso de conflitos entre os diversos elementos.

2.3.6 Método concretista da Constituição aberta

O método concretista se fundamenta em três pontos[28]: a) círculo ampliado de intérpretes da Constituição; b) conceito de interpretação como um processo aberto e público; c) referência desse conceito à Constituição, como realidade constituída e publicização.

Segundo o método em análise, a interpretação da Constituição deve ser feita de modo amplo, sendo necessário ir além do uso apenas dos métodos tradicionais, para considerar-se no processo interpretativo a compreensão que tem o cidadão de determinada realidade constitucional sem rejeição, no entanto, do trabalho técnico do jurista.

Assim, seriam intérpretes da Constituição todos os cidadãos, grupos, órgãos estatais, entes públicos ou privados que, de uma forma ou de outra, estão sujeitos a sofrer a incidência da norma constitucional.

Parte-se, portanto, para uma interpretação aberta da Constituição, sofrendo influências de toda a sociedade, de forma pública e plural, na medida da própria pluralidade daquela sociedade.

---

25 CANOTILHO, 2002, p.1199.

26 BONAVIDES, 1998, p.456.

27 IBID, p.459.

28 Peter Häberle foi o maior teórico deste método (cf. BONAVIDES, op. cit., p. 466).

A crítica que se apresenta a este método[29] é a de que, embora talvez seja de boa serventia em regimes democráticos consolidados, com cidadãos amadurecidos no e para o exercício dessa condição, poderia ser extremamente perigoso em Estados pouco desenvolvidos, já que é facilmente manipulável pela parcela dominante da sociedade, que pode perfeitamente extrair um "ponto de vista" da Constituição que beneficie interesses de poucos, em detrimento da igualdade e da paz social.

É um método mais próximo da realidade, sem dúvida. Mas essa proximidade, que se configura como um ponto positivo, é também sua principal fragilidade, à medida que essa realidade apresentar a existência de uma democracia inconclusa ou mesmo inexistente de fato.

2.3.7 Interpretação comparativa

A interpretação comparativa é um método que cuida de analisar normas, institutos jurídicos e conceitos de diversos ordenamentos jurídicos, buscando as semelhanças e diferenciações por ventura existentes entre eles, para chegar ao significado de determinada norma mediante critérios que melhor se adaptem à solução do problema hermenêutico sob exame.

3 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Uma vez conhecidos os métodos modernamente aceitos para a interpretação da Constituição, faz-se necessário o conhecimento acerca dos princípios empregados na utilização desses métodos.

Os princípios são instrumentos auxiliares da tarefa do hermeneuta e têm vital importância para o alcance de um resultado técnico e juridicamente aceitável.

Não devem e não podem ser utilizados isoladamente, sendo necessária a conjugação de vários deles para se levar a bom termo a tarefa interpretativa.

Nossa intenção não é estendermo-nos por todos os princípios que balizam o emprego de cada um dos métodos até aqui estudados, mas sim tomarmos como base aqueles utilizados sob uma metódica hermenêutica-concretizante[30].

3.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição deve ser vista e analisada como um todo harmônico, não cabendo a interpretação de uma norma isoladamente, desconsiderando todo o contexto constitucional no qual está inserida.

---

29 BONAVIDES, 1998, p.471.

30 CANOTILHO, 2002, p.1209.

Considerando-se a Constituição como um sistema, qualquer elemento que o compõe não pode ser dele retirado para efeito de análise isolada, posto que o resultado dessa pesquisa, muito provavelmente, apresentará pontos antagônicos ou contraditórios com outros elementos do mesmo complexo normativo, que é a Constituição.

Por isso, tem-se como imperioso para o intérprete, o dever de considerar a norma constitucional dentro do corpo, do todo, da unidade normativa.

3.2 PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

Sendo a Constituição um todo unitário, o trabalho do intérprete das normas nela contidas deve ser votado para a busca da preservação dessa unidade.

Assim, devem prevalecer os critérios que favoreçam essa visão de todo, que reforcem pontos de vista integradores, tanto de aspectos políticos quanto sociais.

Da mesma forma que não pode o hermeneuta interpretar a Constituição em tiras[31], tampouco pode desintegrá-la, retalhá-la como resultado de seu trabalho de encontrar o significado da norma.

3.3 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Também reconhecido como princípio da eficiência, o princípio da máxima efetividade implica a necessidade de se dar à norma constitucional a interpretação que trará maior eficácia para o texto da Constituição.

Rechaça, portanto, interpretações áridas, inócuas ou inaptas para a geração de resultados efetivos como frutos da norma que sofreu o processo de perquirição de seu significado.

Nos dias que correm, em que há uma procura incessante pela concretização de direitos fundamentais, o princípio da máxima eficácia é peça essencial na construção de raciocínios hermenêuticos em prol da realização dos anseios constitucionais (e sociais) expressos no rol dos direitos fundamentais.

3.4 PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE FUNCIONAL (OU DA JUSTEZA)

A Constituição cuida de repartir competências funcionais entre os diversos poderes estatais e estes continuam essa repartição entre os seus órgãos.

Pelo princípio da conformidade funcional, ao intérprete está vedada a possibilidade de trazer respostas às suas indagações sobre o sentido da norma que subvertam essa divisão de funções feita pela Constituição. Assim, ele não pode, em favor de um órgão, ampliar, suprimir ou alterar funções constitucionalmente estabelecidas ou asseguradas para outro órgão.

---

31 GRAU, 2001, p.189.

3.5 PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO

Seguindo a linha da unidade e integração traçadas por princípios anteriormente estudados, o princípio da harmonização pugna pela interpretação que evite ou desestimule o conflito entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos e que possam resultar no sacrifício de algum deles. O sacrifício inaceitável é aquele total, o que elimina qualquer possibilidade de conservação de um bem jurídico pela sobreposição de outro.

À Constituição não basta uma interpretação una e integradora. Ela há deve ser também harmônica.

Como o princípio da unidade não admite o afastamento de uma norma constitucional em detrimento de outra, vez que todas possuem a mesma hierarquia (força e poder), ao tempo em que precisam de interpretação que as harmonize, é inconcebível uma solução que implique a simples escolha de uma norma para que outra prevaleça[32].

A ponderação entre as normas aparentemente em conflito dentro do texto constitucional é que levará à solução concorde com o princípio ora estudado.

3.6 PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A eficácia total das normas constitucionais deve nortear o trabalho de interpretação, sendo que o princípio da força normativa atua no sentido de assegurar a prevalência dos resultados que, assegurando aquela eficácia, fazem prevalecer o poder da norma constitucional tal como está apresentada no texto da Lei Maior.

4 MÉTODOS E PRINCÍPIOS COMO MARCOS INTERPRETATIVOS

No decorrer do trabalho, observamos a existência de diversos métodos próprios para a realização da tarefa de interpretar a Constituição. Vimos que uma norma complexa e de importância capital para o ordenamento jurídico de um estado não pode ser submetida a uma análise simples e superficial.

Em razão disso, surgiu a teoria da interpretação constitucional (a necessidade de fazer diferente), e com ela vieram os métodos próprios (o fazer diferente), bem como os princípios de interpretação aplicáveis a tais métodos (o como fazer diferente).

É importante ressaltar que o, por vezes, árduo trabalho de buscar o melhor sentido da norma constitucional não raro se faz lançando-se mão de mais de um método de interpretação, observando-se a quais resultados se chega

32 BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Robereto. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

com cada um deles, sendo relevante que as soluções, independentemente da via escolhida sejam, se não idênticas, ao menos similares.

Agora, se o emprego de mais de um método é possível, a observância a mais de um princípio de interpretação é imperiosa. Não pode o intérprete optar por um princípio e remeter ao ostracismo os demais. Se ele considera, em seu trabalho de encontrar a solução constitucionalmente adequada a determinado dilema interpretativo, não pode ele lançar mão, por exemplo, do princípio da unidade, olvidando-se da harmonização. Do mesmo modo que lhe está vedado considerar possível a aplicação do princípio da força normativa da constitucional, enquanto ignora o princípio da máxima efetividade.

Pode-se afirmar, portanto, que para normas complexas como são as constituições analíticas, que se sobressaem em número nos Estados atuais, não existem soluções interpretativas simples.

A interpretação dessas normas há de ser feita necessariamente também de forma complexa, pois só assim ter-se-á a segurança de que se está extraindo dela todo o seu significado, da melhor maneira e maior resultado.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Robereto. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.49-118.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos del análisis jurídico.** Madrid: Trotta, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. **Revista da Esmape**, Recife, v.2, n.4, p 467-495, abr-jun. 1997

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PERALTA, Ramón. **La interpretación del ordenamiento jurídico conforme la norma fundamental del estado.** Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A RECONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO BRASIL

Luís Roberto Barroso[1]

Sumário: 1 Introdução: Da vinda da família real à Constituição de 1988; 2 A ascensão e o ocaso do regime militar; 3 Convocação e atuação da assembléia constituinte; 4 O sucesso institucional da Constituição de 1988; 5 Um balanço preliminar; 5.1 Alguns avanços; 5.2 Algumas circunstâncias; 5.3 Alguns revezes; 6 O desempenho das instituições; 7 Conclusão; 7.1 O que ficou por fazer; 7.2 O que se deve celebrar; 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO: DA VINDA DA FAMÍLIA REAL À CONSTITUIÇÃO DE 1988[2]

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às ideias libertárias que vicejavam na América e na Europa[3]e[4].

---

1 Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e livre-docente pela UERJ. **Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.**

2 O presente texto é a versão condensada de artigo escrito por solicitação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, intitulado **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988:** o Estado a que chegamos, elaborado para integrar volume contendo a análise crítica das Constituições brasileiras e para publicação na **Revista de Direito do Estado nº 10.**

3 Sobre o tema, v. Lima (1945); Wilcken (2005); Gomes (2007); Torres, (1991); Ferreira (1954); Franco (1960); Caetano (1987); Albuquerque (1981); Leal (1915); e Bonavides; Andrade (1991).

4 A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil[5]. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre "Fala" de 3 de maio de 1823[6]. Nela, manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu[7]. O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do Rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no Decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824.

Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semiabandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o

5 Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união "com a grande família portuguesa". A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

6 "Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, **se fosse digna do Brasil e de mim** [...] [E] spero, que a Constituição que façais, **mereça a minha imperial aceitação** [...]" (grifos nosso). V. A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p.25).

7 CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história:** origem e reforma. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.387.

autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional[8]. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

2 ASCENSÃO E OCASO DO REGIME MILITAR

O colapso do regime constitucional, no Brasil, se deu na madrugada de 31 de março para 1º de abril de 1964, quando um golpe militar destituiu o Presidente João Goulart. Veio o primeiro Ato Institucional – primeiro de uma longa série – e, na sequência histórica, tornou-se inevitável a trajetória rumo à ditadura, que duraria mais de vinte anos. Em 1965, foram canceladas as eleições presidenciais e foi prorrogado o mandato do Presidente Castelo Branco. Em 1966, foram extintos os partidos políticos. Em 1967, foi editada uma nova Constituição, votada por um Congresso pressionado e sem vestígio de soberania popular autêntica. Em 1968, baixou-se o Ato Institucional nº 5, que conferia poderes quase absolutos ao Presidente, inclusive para fechar o Congresso, cassar direitos políticos de parlamentares e aposentar qualquer servidor público. Em 1969, em golpe dentro do golpe, impediu-se a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, quando do afastamento por doença do Presidente Costa e Silva, e uma nova Constituição foi outorgada pelos Ministros militares.

Nesse mesmo ano, indicado pelas Forças Armadas, toma posse o Presidente Emílio Garrastazu Médici. Seu período de governo, que foi de 30 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974, ficou conhecido pela designação sugestiva de *anos de chumbo*. A censura à imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural[9]. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene[10]. A abertura política, "lenta, gradual e segura", teve seu início sob a Presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974[11]. Apesar

8 Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Faoro (2001).

9 v. Gaspari (2003). Sobre a luta armada, v. tb.: Gabeira (1979); Portela (1979); Sirkis (1980).

10 Sobre o tema da tortura, v. **Brasil:** nunca mais, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.

11 Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho, que se apresentaram como "anti-candidatos". Sobre o tema, v. Abreu et al. (2001, p. 2.709).

de ter se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais[12], Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas[13]. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979[14], deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar[15].

Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, promovendo a anistia[16] e a liberdade partidária[17]. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais – **as Diretas já** –, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a Presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney[18]. O regime militar chegava ao fim e tinha início a **Nova República**, com a volta à primazia

12 Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais nºs 7, de 13.04.1977, e nº 8, de 14.04.1977, que continham, respectivamente, uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

13 Sobre seu período na Presidência, v. o longo depoimento prestado pelo ex-Presidente Castro; D'Araujo (1997). v. tb. Gaspari (2003); Gaspari (2004a), em que relata a parceria entre Geisel – o "Sacerdote" – e Golbery – o "Feiticeiro" – na terminologia que cunhou.

14 O MDB lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrado por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obtiveram 355 votos contra 226.

15 A Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.

16 A anistia política foi concedida pela Lei nº 6.683, de 28.08.1979, que em seu art. 1º previa: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".

17 Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo.

18 Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição –, tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

3 CONVOCAÇÃO E ATUAÇÃO DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, nela se previu que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" reunir-se-iam em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana[19]. Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembleia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte, participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores – reunidos unicameralmente. Não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos[20].

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos[21], que se desenvolveram em três grandes etapas: (i) das Comissões Temáticas; (ii) da Comissão de Sistematização; e

19 Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985: "Art. 1º - Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º - O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º - A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte".

20 Relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 43, de 1985, que previa a convocação da Assembleia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma assembleia exclusiva ou ao Congresso Nacional; (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Bierrenbach (1986).

21 Nem o Presidente da República, José Sarney, nem tampouco o Presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães, quiseram encampar o Anteprojeto elaborado pela "Comissão Afonso Arinos".

(iii) do Plenário. O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas[22], cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24[23]. Coube às Subcomissões a apresentação de relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado Mário Covas, que produziu um texto "à esquerda do Plenário"[24]: nacionalista, com forte presença do Estado na economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário, verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no "Centro Democrático" (apelidado de *"Centrão"*), que impuseram mudanças substantivas no texto ao final aprovado[25].

Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, encerrando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordinária[26], foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil. Aclamada como "Constituição cidadã"[27] e precedida de um incisivo *Preâmbulo*[28], a

22 Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembleia Constituinte, v. Bonavides; Andrade (1991, p.449) e v. tb. Samapaio (2004, p.36).

23 No âmbito das Subcomissões realizaram-se incontáveis audiências públicas, com ampla participação de setores econômicos, movimentos sindicais e entidades de classe.

24 JOBIM, Nelson de Azevedo. A constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.), **Quinze anos de Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.12.

25 Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.

26 A Assembleia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.

27 **Constituição cidadã** foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na Presidência da Assembleia Constituinte, em 27 de julho de 1988, quando afirmou: "Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria". A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado **Constituição coragem.** V. íntegra dos textos em Fundação Ulysses Guimarães (2008).

28 No texto do **Preâmbulo,** a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias.

4 O SUCESSO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como "mensalão". Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contra-golpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República, deixou de convocar eleições – como exigia a Constituição – após a renúncia de Deodoro da Fonseca, permanecendo indevidamente na Presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935, bem como o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contra-golpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares vetaram a posse do Vice-Presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964, veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional nº 5. Em 1969, o impedimento à posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e a

outorga de uma nova Constituição pelos Ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

5 UM BALANÇO PRELIMINAR [29]

5.1 ALGUNS AVANÇOS

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos *direitos fundamentais*, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma ideia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até tornar-se uma realidade concreta. Nada obstante isso, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação, e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que ainda não para todos[30]. Os direitos

29 Vejam-se alguns balanços anteriores, aos dez e aos quinze anos da Constituição, em: Camargo (1999); Moraes (1999); Bulos (2000); Barroso (1999); Scaf (2003); Mendonça (2004).

30 V. Barroso (2005): "O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial – mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os desígnios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido. [...] Desprestigiadas, desequipadas, mal-treinadas e mal-remuneradas, as forças policiais protagonizam, rotineiramente, espetáculos desoladores de truculência. São de triste e recente memória as chacinas do Carandiru, de Eldorado dos Carajás e de Vigário Geral, ocorridas na última década do século XX. E quando estes episódios começavam a se embotar na memória, a chacina de dezenas de pessoas nos Municípios de Queimados e de Nova Iguaçu, menos de um ano atrás, vieram nos lembrar, mais uma vez, que muitos brasileiros são vítimas daqueles que deveriam protegê-los. [...] Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear".

sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina[31] e da jurisprudência[32]. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público[33].

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências **político-administrativas** de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação **comum** dos entes estatais. A partilha das receitas *tributárias*, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, o que colaborou ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram, em sua grande maioria, encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, um lógica centralizadora[34]. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor[35].

A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaura e, em verdade, fortalece a autonomia e a independência do Judiciário,

---

31 V. Torres (2003a); Torres (2003b); Sarlet, (1998); Sarlet (2004); Barcellos (2002); Krell (2002); Barroso (1990); e Gouvêa (2003).

32 V. Leal (2007) e Barroso (2007). Sobre o mesmo tema, v. Henriques (2007); e Oliveira (2007).

33 Questões envolvendo escolhas difíceis entre bens jurídicos protegidos pela Constituição, como o desenvolvimento nacional, de um lado, e a preservação do meio ambiente, de outro, estiveram presentes na imprensa e nos tribunais, como a transposição do Rio São Francisco e a construção de usinas hidroelétricas na Amazônia.

34 O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.

35 BARROSO, Luís Roberto. A derrota da Federação: o colapso financeiro de Estados e Municípios. In: _____. **Temas de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v.1. p.141.

assim como amplia as competências do Legislativo. Nada obstante, a Carta de 1988 manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais através do estigmatizado decreto-lei, mas por meio das medidas provisórias. A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, assim na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado.

5.2 ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico[36], prolixo e corporativo[37]. Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas, inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos[38].

---

36 Para uma visão crítica severa nessa matéria, v. Moreira Neto (1993, p.5-6); e, tb. Moreira Neto (1997).

37 Barroso (1999, p.117-118) afirma que: "A Constituição de 1988 convive com o estigma, já apontado acima, de ser um texto excessivamente detalhista, que em diversos temas perdeu-se no varejo das miudezas – seja no capítulo da Administração Pública, como no título da ordem tributária ou no elenco de mais de 70 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para citar apenas alguns exemplos. Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloquente ilustração".

38 Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescidos por emendas constitucionais, passando de 70 para 89 artigos (o art. 89 foi acrescentado pela EC nº 38, de 2002), sendo que muitos deles tiveram sua redação alterada igualmente por emenda (a EC nº 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, v. Corrêa (2003, p.19): "E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, **normas de transição**, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora".

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda asim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíam os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

5.3 ALGUNS REVEZES

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias, decorrem consequências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação ordinária. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária – *i.e.*, a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época – se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda consequência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o

fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

6 O DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES

Cabe, antes de concluir, fazer uma breve anotação sobre aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre a atuação de cada um deles, bem como o desempenho concreto de seus papéis constitucionais pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

No tocante ao **Poder Executivo**, o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, realizado em 21 de abril de 1993, manteve, por significativa maioria, o sistema presidencialista. Dentre as emendas constitucionais aprovadas, merecem registro a que reduziu o mandato presidencial de cinco para quatro anos[39], a que passou a admitir a reeleição[40] e a que criou o Ministério da Defesa, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil[41]. As medidas provisórias, concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Executivo, tornaram-se instrumento rotineiro de o Presidente *legislar*. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 12.09.2001[42]. Apesar da redemocratização, não se superou integralmente o presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, que se manifesta em domínios diversos, inclusive e notadamente, no poder de contingenciar verbas orçamentárias.

Quanto ao *Poder Legislativo*, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas após a Constituição de 1988, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância na produção de leis. De fato, além das medidas provisórias já referidas, a maior parte dos projetos relevantes resultaram de iniciativa do Executivo. Nesse cenário, a ênfase da atuação do Congresso Nacional deslocou-se para a fiscalização dos atos de governo e de administração. O principal instrumento dessa linha têm sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Por outro lado, um problema estrutural da representação política no Brasil é a desproporcionalidade da composição da Câmara

39 Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 9.06.1994.

40 Emenda Constitucional nº 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subsequente, do Presidente, governadores e prefeitos.

41 Emenda Constitucional nº 23, de 3.09.1999.

42 A EC nº 32, de 2001, prevê a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação sobre ela por parte de cada casa do Congresso Nacional.

dos Deputados. De fato, o número máximo de setenta deputados e o mínimo de sete, determinados pelo art. 45, § 1º da Constituição, provoca a sobre-representação de alguns Estados e a sub-representação de outros[43]. Por fim, a Emenda Constitucional nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva no regime jurídico da imunidade parlamentar, deixando de exigir prévia licença da casa legislativa para a instauração de processo criminal contra parlamentar.

O *Poder Judiciário*, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, entre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviços públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação.

7 CONCLUSÃO

7.1 O QUE FICOU POR FAZER

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e *deficit* dramático em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra[44]. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo

43 Sobre a questão, v. Búrigo (2002); e Santos (1999, p.8).

44 V. Carvalho; Abramovay (2008), À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, Coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Ao comentarem a Declaração de Genebra sobre Violência Armada e Desenvolvimento, averbaram: "O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em consequência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões".

para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem, cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas.

Há, todavia, uma outra falha institucional, que, por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais. Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro, e dos sucessivos governos democráticos, foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares, bem como pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio, têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas[45], produzindo alterações profundas na prática política[46]. Há inúmeras propostas na

45 A expressão "virtudes republicanas" é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é frequentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.

46 Com efeito, é preciso: 1. em relação à **legitimidade democrática:** a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à **governabilidade:** a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. em relação às **virtudes republicanas:** a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.

matéria, apesar da pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário, um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos[47].

7.2 O QUE SE DEVE CELEBRAR

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alzira Alves de et al. (Orgs.). **O dicionário histórico-biográfico brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. v.3.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Memória da AssemblEIA Constituinte de 1987/88:** as finanças públicas, 2002. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2008.

47 V. BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n.3, p.287-362, set. 2006.

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira.** 2.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil:** nunca mais. 9.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da Federação: o colapso financeiro de Estados e Municípios. In: _____. **Temas de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v.1

_____. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n.3, p.287-362, set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?). **Revista Forense,** São Paulo, n.346, p.113, nov.-dez.1999.

_____. **Discurso de despedida como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana,** 2005. Mimeografado.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado,** Rio de Janeiro, ano 3, n.10, p.25-66, abr.-jun. 2008.

BIERRENBACH, Flavio. **Quem tem medo da constituinte.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.683 - de 28 de agosto de 1979:** Lei da Anistia, 1979. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1979/6683.htm>. Acesso em: 10 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**: Convoca AssemblEIA Nacional Constituinte e dá outras providências, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 10 ago. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. Decênio da Constituição de 1988. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 25, n.98, p.307, abr.-jun. 2000.

BÚRIGO, Vandré Augusto. Sistema eleitoral brasileiro – a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 39, n.154, p.177-188, 2002.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1987. v.1

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **Uma década de Constituição:** 1988 – 1998. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Ilona Szabó de; ABRAMOVAY, Pedro. O custo da violência. **O Globo,** Rio de Janeiro, 14 mar. 2008, Opinião, p.7.

CASTRO, Celso; D'ARAUJO, Maria Celina (Orgs.). **Ernesto Geisel.** Rio de Janeiro: FGV, 1997.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história:** origem e reforma. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CORRÊA, Oscar Dias. Os 15 anos da Constituição de 1988 (breves anotações). **Revista da EMERJ,** Rio de Janeiro, v.6, n.23, p.15-24, 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder.** Rio de Janeiro: Globo 2001.

FERREIRA, Waldemar. **História do direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 1954.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Foreme,1960. v.2.

FUNDAÇÃO ULYSSES GUIMARÃES. **Publicações.** Disponível em: <http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm.>. Acesso em: 05 abr. 2008.

GABEIRA, Fernando. **O que é isso companheiro?** São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A ditadura encurralada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

_____. **A ditadura escancarada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004b.

GOMES, Laurentino. **1808:** como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial:** limites e possibilidades, 2007. Mimeografado.

JOBIM, Nelson de Azevedo. A constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.), **Quinze anos de Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.9-17.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional 1915. Edição fac-similar

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito do Estado,** n.8, p.91-100, out.-dez. 2007.

LIMA, Oliveira. **Dom João VI no Brasil**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1945.
MENDONÇA, Paulo Roberto Soares de. A Constituição de 1988: a globalização e o futuro, **Revista de EMERJ,** Rio de Janeiro, n.25, p.22-42, 2004.
MORAES, Alexandre de (org.). **Os 10 anos da Constituição Federal.** São Paulo: Atlas, 1999.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A revisão constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1993.
_____. Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal). **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 210, p.183-194, out.-dez. 1997.
OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário, **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 96, v.865, p.54-84, nov. 2007.
PORTELA, Fernando. **Guerra de guerrilha no Brasil:** a saga do Araguaia. São Paulo: Global, 1979.
SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte: Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.18-62.
SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. **Dados,** Rio de Janeiro, v.42, n.1, p.111-138, 1999.
SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Ajuris,** Porto Alegre, v.31, n.95, p.103-136, 2004.
_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
SIRKIS, Alfredo. **Os carbonários.** São Paulo: Global, 1980.
TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
_____. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.12, p. 349-374, 2003a.
_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.
WILCKEN, Patrick. **Império à deriva.** Porto: Civilização Editora, 2005.

A PÓS-MODERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA E A TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Ivo Dantas[1]

Sumário: 1 Pós-modernidade: Algumas noções prévias; 1.1 O sistema jurídico na pós-modernidade; 2 A teoria constitucional do processo como integrante de um novo paradigma: Constituição, processo e direitos individuais; 3 A ideologia constitucional e a ideologia processual. 4 Referências.

1 PÓS-MODERNIDADE: ALGUMAS NOÇÕES PRÉVIAS

Embora no início, vivemos em um século que poderíamos qualificar de *ímpar*, no qual a ciência alcançou níveis jamais imaginados, não havendo setor do conhecimento que não tenha passado por verdadeira *revolução de conteúdo,* o que levou Goodfield a escrever um livro intitulado Brincando de Deus: a Engenharia Genética e a Manipulação da Vida [2].

Garcia[3], por sua vez, brinda-nos com posição muito mais de acordo com o que defenderemos ao longo destas páginas, quando escreve que "o problema do conhecimento, da ciência – demonstra-se, como uma *questão filosófica* (a necessidade humana do saber), uma *questão política* (o fenômeno do poder, de dominação da realidade) e, por certo, uma *questão jurídica*: a liberdade do homem e suas limitações".

Nesse clima, em que o futuro já chegou, podemos fazer uso da expressão *A Estrutura das Revoluções Científicas* [4], usada por Kuhn como título de sua conhecida obra e na qual se sobressai o conceito de paradigma, o qual é usado por muitos, para aplicá-lo em diferentes áreas do conhecimento, de que é exemplo mais recente o estudo de Moreira Neto, intitulado Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados [5].

---

1 Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado – UFPE. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado.

2 GOODFIELD, June. **Brincando de Deus:** a engenharia genética e a manipulação da vida. Belo horizonte: Itatiaia, 1998.

3 GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004, p. 24-25.

4 KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Não temos dúvida de que, sendo o vocábulo *paradigma* o ponto de onde partirão nossas observações (com a substituição de um *modelo* por outro), e antes de enfrentar objetivamente o seu *conceito,* cumpre-nos destacar, como o faz Kuhn, o que a aceitação de um *novo paradigma* provoca na ciência: "Quando a comunidade científica repudia um antigo paradigma, renuncia simultaneamente à maioria dos livros e artigos que o corporificam, deixando de considerá-los como objeto adequado ao escrutínio científico" [6].

Por enquanto, a questão central é esta: *o que significa paradigma*? [7] Novamente recorremos a Kuhn, para quem "um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma" [8].

Considerando-se a *provisoriedade do conteúdo de uma ciência e/ou dos paradigmas* (o que hoje é científico, ontem pode não ter sido e amanhã poderá não ser!) [9], cabe a qualquer ramo do conhecimento científico fazer com que se entenda a realidade, e por isto é ela o ponto central de todas as preocupações, inclusive daquelas que possuem um conteúdo político-jurídico, o que significa dizer que o exercício do poder político e o sistema jurídico nacional (com a Constituição escrita em seu ápice) não poderão fugir as suas influências, visto que ambas as realidades recepcionam o novo mapa cultural.

Em outras palavras: em qualquer de seus modelos escritos, a *Constituição contemporânea* deverá necessariamente se voltar no sentido de apreensão desta nova estrutura social, sob pena de estarmos diante de uma *superlei* não inspirada na própria realidade para a qual será destinada. Vale ressaltar que, nesse caso, com o passar do tempo, o *divórcio entre a Constituição escrita e a realidade* provocará um *Hiato Constitucional* e, em consequência, a necessidade de convocação de uma *Assembleia Constituinte*, a qual, no exercício do *Poder Constituinte,* elaborará novo texto, agora representativo dos valores sociais existentes.

---

6 KUHN, Thomas S., Op. cit. , p. 209.

7 Há, sem dúvida alguma, uma variedade de conceitos sobre *Paradigma*. Exatamente por isso, traremos à colação, no final deste estudo, uma pequena bibliografia complementar às fontes mencionadas no texto, na qual se encontram separados livros e artigos que abordam o tema, sendo que, mais adiante, há uma farta referência a fontes sobre a *pós-modernidade.*

8 KUHN, Thomas S., Op. cit, p. 219.

9 Esta provisoriedade é mais notada nas denominadas ciências da natureza, nas quais conclusões científicas são sempre cumulativas, ou seja, o conhecimento de hoje soma-se ou adiciona-se ao de ontem, e o de amanhã somar-se-á ao de hoje, sempre caracterizando ao lado da provisoriedade um caráter cumulativo da ciência, nunca destrutivo.

Essa mudança do antigo modelo constitucional por um novo significará uma mudança de paradigma constitucional!

Neste momento, podemos chamar a atenção para um fato importante: sob o ângulo da *Filosofia Crítica da História*, ao pensarmos na *periodização da História como processo,* e apesar da observação já feita de que o *Direito enquanto sistema jurídico* não quebrou radicalmente com os modelos passados, a *Pós-Modernidade*, ou a ainda denominada *Idade Pós-Moderna* e *Pós-Modernismo*, segundo alguns, deve ser encarada como uma *nova fase*, que rompeu com a *Modernidade* enquanto modelo histórico. *Através dessas considerações, percebe-se* a dificuldade de nosso tema.

Segundo lição de Featherstone, ao estudar *Moderno e pós-moderno: definições e interpretação* [10], "qualquer referência ao termo 'pós-modernismo' imediatamente nos expõe ao risco de sermos acusados de perpetuar uma moda intelectual passageira, fútil e sem importância. Um dos problemas é que o termo está em moda e, ao mesmo tempo, é irritantemente difícil de definir. Segundo o *Dicionário Contemporâneo das Idéias Assimiladas*, 'essa palavra não tem sentido; use-a sempre que for possível' (*Independent*, 24 de dezembro de 1987). Há duas décadas, em agosto de 1975, outro jornal anunciou que 'o pós-modernismo está morto' e 'a onda agora é o pós-modernismo' (PALMER, 1977, p.364). Caso o pós-modernismo seja uma moda efêmera, alguns críticos estão seguros sobre quais são os responsáveis pela sua proeminência:

> Os teóricos atuais, pagos para observar o mundo a partir de seus estudos livrescos, nas universidades e politécnicas, são obrigados a inventar movimentos porque suas carreiras profissionais – assim como a dos mineiros e pescadores – dependem disso. Quanto mais movimentos batizarem, mais bem-sucedidos serão (PAWLEY, 1986,p. 45).

Para outros críticos, essas estratégias não são apenas movimentos internos dos campos intelectuais e acadêmicos, são barômetros e indicadores nítidos do "mal-estar" no coração da cultura contemporânea. Assim, "não é difícil compreender esse filão cultural e estético atualmente conhecido como pós-modernismo – na arte e arquitetura, música e cinema, drama e ficção –

10 FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 2007, p. 17-18.

como um reflexo da (...) atual onda de reacionarismo político que varre o mundo ocidental' (GOTT, 1986, p. 134)" [11].

Logo em seguida, Featherstone (2007) prossegue em seu raciocínio, afirmando que "ora, é muito confortável ver o pós-modernismo como um reflexo mecânico e reacionário das mudanças sociais e pôr a culpa nos acadêmicos e intelectuais por cunharem o termo, como parte de seus jogos de distinção." Embora certos críticos de jornais e intelectuais usem o termo de forma cínica ou depreciativa, eles confirmam que o pós-modernismo tem apelo suficiente para interessar a um público mais amplo de classe média. Poucos termos acadêmicos recentes desfrutaram de tamanha popularidade. Não se trata, porém, simplesmente, de um termo acadêmico, pois foi impulsionado por movimentos artísticos e atraiu um interesse público mais amplo também por sua capacidade de dizer algo sobre algumas das mudanças culturais pelas quais estamos passando.

Antes de olharmos para os meios de transmissão e disseminação do conceito, é preciso ter em mente uma noção mais clara do leque de fenômenos geralmente incluídos sob o guarda-chuva conceitual do pós-modernismo. "Assim é preciso levar em conta o grande interesse e até o entusiasmo que o termo despertou dentro e fora da academia, e perguntar pela série de objetos culturais, experiências e práticas que os teóricos estão apresentando e rotulando como pós-modernos antes de podermos tomar uma decisão a respeito de seu *pedigree* político, ou de desprezá-lo como apenas mais uma breve oscilação do pêndulo" – conclui o citado autor [12].

Trouxemos à colação o texto de Featherstone para demonstrar as dificuldades com que se defrontarão todos os que pretendam definir o pós-modernismo, até porque, como foi visto, enquanto uns dizem que "o pós-modernismo está morto", outros o apontam como "bem vivo", sendo responsável pelas mudanças de vários paradigmas nas diversas áreas do conhecimento humano.

Dessa forma, no entender de Kumar (Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna. Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo) [13], tal como o pós-industrialismo e o pós-fordismo, o pós-modernismo é básicamente um "conceito de contrastes", pois retira seu significado tanto do que exclui ou alega substituir

---

11 Vale esclarecer que os parêntesis e as reticências (...) estão no original.

12 Vale a leitura de, pelo menos, o restante do capítulo, em razão das lições que o mesmo oferece – p. 20-30.

13 KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.78-79. Vale a pena a leitura integral dos capítulos 4 (*Modernidade e Pós-Modernidade I: A Idéia do Moderno*) e 5 (*Modernidade e Pós-Modernidade II: A Idéia do Moderno),* p. 78-158.

quanto do que inclui ou afirma em qualquer sentido positivo. O significado fundamental, ou pelo menos inicial, do pós-modernismo, deve ser que não há modernismo, não há modernidade. A modernidade acabou.

Isso não quer dizer, como apressam-se a indicar numerosos pós-modernistas, que *ultrapassamos* a modernidade, que estamos vivendo em uma era inteiramente nova. O "pós", de pós-modernidade, é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o *post* de *post-mortem:* exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver. O fim da modernidade é, segundo essa colocação, a ocasião de refletir sobre a experiência da modernidade; a pós-modernidade sendo, portanto, esse estado de reflexão. Nesse caso não há uma percepção necessária de um novo começo, mas apenas um senso algo melancólico de fim.

Em seguida, Kumar, tratando do *Antigo, Medieval e Moderno* [14], escreve que 'Modernidade' e 'modernismo' são dois termos às vezes usados um pelo outro, mas que ocasionalmente recebem significados diferentes. Seguirei aqui o segundo curso. Entendo por "modernidade" uma designação abrangente de todas as mudanças – intelectuais, sociais e políticas – que criaram no mundo moderno. 'Modernismo' como um movimento cultural que surgiu no Ocidente em fins de século XIX e, para complicar ainda mais a questão, constituiu, em alguns aspectos, uma reação crítica à modernidade. Os dois termos, mesmo nesses sentidos distintos, estão com certeza ligados e nem sempre é possível ser inteiramente coerente mantendo-os separados (o mesmo se aplica ainda mais aos termos paralelos – pós-modernidade' e 'pós-modernismo'). Isso acontece em parte porque não há consenso sobre seus significados; mas parece útil tentar manter a distinção.

Vamos começar analisando a etimologia da palavra. *Modernus*, derivado de *modo* (recentemente, há pouco), uma palavra de formação tardia na lingua latina, seguiu o modelo de *hodiernus* (derivada de *hodie*, hoje). Foi usada inicialmente em fins do século V d.C, como antônimo de *antiquus*. Mais tarde, termos como *modernitas* (tempos modernos) e *moderni* (homens de nosso tempo) tornaram-se também comuns, sobretudo após o século X.

A modernidade, por conseguinte, é uma invenção da Idade Média Cristã. Esse fato deveria, em princípio, ter estabelecido um contraste tão nítido quanto fosse possível imaginar com o mundo antigo. O mundo antigo era pagão; o moderno, cristão. Isto é, o primeiro estava envolvido em trevas, o último fora

14 Idem, p. 79.

transformado pelo aparecimento de Deus entre os homens sob a forma humana de seu filho, Jesus Cristo. "Com Cristo, todo o significado da história humana foi alterado – ou melhor, deveríamos dizer, pela primeira vez se atribuiu um significado à história" – conclui Kumar [15].

Em um livro intitulado As Ilusões do pós-modernismo[16], Eagleton, em seu *Prefácio*, escreve que a palavra *pós-modernismo* refere-se em geral a uma forma de cultura contemporânea, enquanto o termo *pós-modernidade* alude a um período histórico específico. Pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a ideia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação. Contrariando essas normas do iluminismo, vê o mundo como contingente, gratuito, diverso, instável, imprevisível, um conjunto de culturas ou interpretações desunificadas, gerando um certo grau de ceticismo em relação à objetividade da verdade, da história e das normas, em relação às idiossincrasias e a coerência de identidades. Essa maneira de ver, como sustentam alguns, baseia-se em circunstâncias concretas: ela emerge da mudança histórica ocorrida no Ocidente para uma nova forma de capitalismo – para o mundo efêmero e descentralizado da tecnologia, do consumismo e da indústria cultural, no qual as indústrias de serviços, finanças e informação triunfam sobre a produção tradicional, e a política clássica de classes cede terreno a uma série difusa de "políticas de identidade".

Pós–modernismo é visto como um estilo de cultura que reflete um pouco essa mudança memorável por meio de uma arte superficial, descentrada, infundada, auto-reflexiva, divertida, caudatária, eclética e pluralista que obscurece as fronteiras entre a cultura "elitista" e a cultura "popular", bem como entre a arte e a experiência cotidiana. O quão dominante ou disseminada se mostra essa cultura – se tem acolhimento geral ou constitui apenas um campo restrito da vida contemporânea – é objeto de controvérsia.

Embora essa distinção entre pós-modernismo e pós-modernidade me pareça útil, não lhe dediquei especial atenção neste estudo. Optei por adotar o termo mais trivial 'pós-modernismo' para abranger as duas coisas, dada a evidente e estreita relação entre elas.

Heller e Fehér entendem que

> a pós-modernidade não é nem um período histórico nem uma tendência cultural ou política de características bem

15 Ibidem, p. 80.

16 EAGLETON, Terry; BARBOSA, Elisabeth. **Ilusões do pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.7. Grifo nosso.

> definidas. Pode-se em vez disso entendê-la como o tempo e o espaço privado-coletivo, dentro do tempo e espaço mais amplos da modernidade, delineados pelos que têm problemas com ela, e interrogações a ela relativas, pelos que querem criticá-la e pelos que fazem um inventário de suas conquistas, assim como de seus dilemas não resolvidos. Os que preferiram habitar na pós-modernidade ainda assim vivem entre modernos e pré-modernos. Pois a própria fundação da pós-modernidade consiste em ver o mundo como uma pluralidade de espaços e temporalidades heterogêneos. A pós-modernidade, portanto, só pode definir-se dentro dessa pluralidade comparada com esses outros heterogêneos.

Nossa outra preocupação política, ao optarmos por chamarmos de pós-modernos, é o processo pelo qual a Europa vai aos poucos se tornando um museu [17]. O projeto chamado 'Europa' sempre foi a cultura hermenêutica *par excellence*. Esse caráter hermenêutico inerente criou uma tensão interna peculiar no projeto desde tempos imemoriais. Por outro lado, a 'Europa' sempre foi mais expansiva e expressamente universalista que outros projetos culturais[18]. Os europeus não apenas entendiam sua cultura como superior às outras, e essas outras, estranhas, como inferiores a eles. Também achavam que a 'verdade' da cultura europeia é na mesma medida a verdade (e o *telos*) ainda oculta de outras culturas, mas que ainda não chegara a hora de as últimas compreenderem isso. Por outro lado, os europeus vinham sujeitando regularmente sua própria cultura a indagações sobre suas proposições universais, para denunciá-las como outras tantas proposições particulares com falsa pretensão à universalidade. O significado do conceito de 'ideologia' aparecera nessa cultura *avant la lettre*. "Ao denunciar a particularidade de todas as proposições universais e daí passar para a criação da mais universal das proposições universais, Marx só provou que foi o *último europeu*" [19].

---

17 Sobre a *Europa*, além de livros sobre a *Comunidade Européia,* recomendamos a leitura das seguintes obras: FEBVRE, Lucien. **A Europa:** gênese de uma civilização. Bauru: EDUSC, 2004; DUVERGER, Maurice. **A Europa dos cidadãos.** Lisboa: Edições ASA, 1994; KAGAN, Robert. **Do paraíso e do poder: o**s Estados Unidos e a Europa na nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. Mais recentemente, JUDT, Tony. **Pós-guerra:** uma história da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

18 Sintomático nesse sentido é a evolução dos *Direitos Individuais*, ou seja, enquanto, os diversos documentos referiam-se apenas aos *nacionais,* a Declaração Francesa de 1789 falava em "Todos os homens..."

19 HELLER; FEHÉR, Op. cit., p.12-13, grifo nosso.

Paulo Fagundes Vizentini (Da Crise do Socialismo à Guerra do Terrorismo – Dez Anos que Abalaram o Século XX), após descrever o *Sistema Internacional em Transição*, conclui afirmando:

> As turbulências financeiras na Ásia Oriental e a guerra na Ásia Central representam, neste sentido, o primeiro embate do novo conflito em torno da ordem mundial, e não necessariamente um 'choque de civilizações'. Assim, os anos 90 e o início do século XXI significam também o princípio de uma época de crise e transição rumo a um novo período histórico, com o declínio do ciclo de expansão ocidental, iniciado há cinco séculos. Os atentados de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos constituem, neste sentido, o marco inicial deste novo período histórico, cujos contornos ainda não estão muito claros [20].

Santos, em livro intitulado O Que é Pós-Moderno [21], escreve que

> Pós-modernismo é o nome aplicado às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades avançadas desde 1950, quando, por convenção, se encerra o modernismo (1900-1950). Ele nasce com a arquitetura e a computação nos anos 50. Toma corpo com a arte Pop nos anos 60. Cresce ao entrar pela filosofia, durante os anos 70, como crítica da cultura ocidental. E amadurece hoje, alastrando-se na moda, no cinema, na música e no cotidiano programado pela *tecnociência* (ciência + tecnologia invadindo o cotidiano com desde alimentos processados até microcomputadores), sem que ninguém saiba se é decadência ou renascimento cultural.

---

20 VIZENTINI, Paulo Fagundes. **Afeganistão:** um século de conflitos. 2.ed. Porto Alegre: Editora Leitura XXI, 2002, p. 12. Vale lembrar que a expressão *choque de civilizações* refere-se ao livro de HUNTINGTON, Samuel. **O Choque de civilizações e a recomposição da Ordem Mundial.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1996. A bibliografia sobre o *Atentado às Torres Gêmeas* é bastante ampla, sendo que com relação ao Muro de Berlim sugerimos a leitura de BANCHER, Flávia. **A queda do muro de Berlim e a presentificação da história.** São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

21 SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 7-8.

Anderson[22], em capítulo intitulado *Primórdios – Lima, Madrid, Londres*, passa-nos importantes informações sobre a expressão ao escrever que "'pós-modernismo', como termo e idéia, supõe o uso corrente de 'modernismo'. Ao contrário da expectativa convencional, ambos nasceram numa periferia distante e não no centro do sistema cultural da época: não vêm da Europa ou dos Estados Unidos, mas da América hispânica. Devemos a criação do termo 'modernismo' para designar um movimento estético a um poeta nicaragüense que escrevia num periódico guatemalteco sobre um embate literário no Peru. O início, por Ruben Dario, em 1890, de uma tímida corrente que levou o nome de *modernismo,* inspirou-se em várias escolas francesas – romântica, parnasiana, simbolista – para fazer uma "declaração de independência cultural" face à Espanha, que desencadeou naquela década um movimento de emancipação das próprias letras espanholas em relação ao passado. Enquanto em inglês a noção de "modernismo" só passou ao uso geral meio século depois, em espanhol já integrava o cânone da geração anterior. Nisso os retardatários ditaram os termos do desenvolvimento metropolitano – assim como no século XIX "liberalismo" foi uma invenção do levante espanhol contra a ocupação francesa na época de Napoleão, a exótica expressão de Cádiz só muito depois se tornaria corrente nos salões de Paris ou Londres.

Dessa forma, também a ideia de um "pós-modernismo" – ainda em consonância com Anderson – surgiu pela primeira vez no mundo hispânico, na década de 1930, uma geração antes do seu aparecimento na Inglaterra e nos Estados Unidos. Foi um amigo de Unamuno e Ortega, Frederico de Onís, que imprimiu o termo *postmodernismo*. Usou-o para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo: a busca de refúgio contra o seu formidável desafio lírico num perfeccionismo do detalhe e do humor irônico, em surdina, cuja principal característica foi a nova expressão autêntica que concedeu às mulheres. Onís contrastava esse modelo – de vida curta, pensava – com sua sequela, um *ultramodernismo* que levou os impulsos radicais do modernismo a uma nova intensidade numa série de vanguardas que criavam então uma "poesia rigorosamente contemporânea" de alcance universal.

Mais adiante é taxativo: "Só uns vinte anos depois o termo surgiu no mundo anglófono, num contexto bem diferente – como *categoria de época* e não estética" [23].

A dificuldade de que se reveste o tema inspirou a produção de uma enorme bibliografia, sob as mais variadas perspectivas.

---

22 ANDERSON, Perry. **As Origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.9-10.

23 Ibid., p.10. A expressão "categoria de época" não tem itálico no original.

1.1 O SISTEMA JURÍDICO NA PÓS-MODERNIDADE

Ficou claro, neste breve inventário que trouxemos ao texto, o que já anunciávamos logo no início, ou seja, não há entendimento uniforme sobre o que seja *pós-modernidade*, porém existem reflexos dos quais os estudiosos, de qualquer setor do conhecimento, não poderão eximir-se de enfrentar.

Isso posto, considerando-se as observações anteriores sobre o sentido dos vocábulos *pós-Modernidade*, *idade pós-moderna* e *pós-modernismo* não há dúvida quanto a se afirmar que, diante da flexibilidade terminológica que caracteriza as *Ciências Sociais*, mais algum tempo será necessário para que identifiquemos uma *nova idade*, provavelmente chamada de *neo-contemporânea*, sobretudo tendo como marco divisório a conquista da Lua pelo Homem, ou a *Queda do Muro de Berlim,* ou ainda o *Atentado às torres gêmeas de Nova York*, em 11 de setembro de 2002.

Nesse contexto, estaremos voltados exatamente para a *Pós-Modernidade como novo paradigma e seus reflexos na Teoria Constitucional do Processo,* o que se justifica não só pelo próprio objeto da *Ciência do Processo*, mas, igualmente, pelo tratamento jurídico de temas que foram elevados ao nível de matéria constitucional – *Processo Constitucional*.

Buscando esse objetivo, oportunas são as palavras de GRANDA em monografia intitulada Postmodernidad y Derecho[24] quando escreve que

> "en vísperas del cambio de milênio, todos nos preguntamos sobre el mundo del futuro: cómo será la vida más allá del año 2000? Cómo estará organizada la sociedad de la postmodernidad?"
> El término 'postmodernidad' fue lanzado por los críticos literários y luego retomado unas veces com curiosidad, otras com sarcasmo y otras com entusiasmo por los filósofos, los arquitectos y los politólogos. Pero su contenido nos es de fácil aprehensión: como puede hablarse válidamente de postmodernidad? Acaso la modernidad no es lo último, el *modus hodiernus*, como decían los antíguos, el modo de hoy? El 'hoy' se desplaza a lo largo de los tiempos y nunca puede ser sustituído por un 'post-hoy' que inevitablemente se convierteen un 'hoy' cuando sucede.

24 GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y Derecho**. Bogotá: Editorial Temis, 1993. p. IX – Prefácio.

Nesse cenário *pós-moderno* (ou da *pós-modernidade*) e dentre dezenas de outros exemplos que passaram a preocupar os juristas, destaquemos uma profunda questão que se apresenta ao *Constitucionalista* que esteja ao mesmo tempo preocupado com questões relacionadas à *Ética (enquanto Filosofia Teórica)* e à *Bioética (enquanto Filosofia Prática)*, e que pode ser apresentada sob a forma interrogativa, a saber: há uma crise de *valores constitucionais* em razão das mudanças ônticas pelas quais vem passando a sociedade contemporânea?

A questão, a partir do próprio clima em que surge, não é apenas jurídica, pois a partir do instante em que é reconhecida a existência de *valores constitucionais,* estes se espraiam em todas as direções, tais como no *Biodireito,* na *Bioética* e na *Deontologia Médica*, valendo lembrar que a área abrangida pelo *Biodireito* alcança, inclusive, as questões ambientais. O mesmo acontece com o denominado Direito Econômico e, sobretudo, com o Direito Processual.

Toda essa realidade se explica em função de um dos pontos reconhecidos pacificamente, tanto em *Teoria do Direito* como em *Filosofia do Direito*, a saber: *Historicidade dos Sistemas Jurídicos*, consequência de que a norma jurídica regula fatos sociais, variáveis e não imutáveis. Ademais, o Direito em si mesmo é, igualmente, um *fato social* [25].

Esse dogma da ciência jurídica nos conduz necessariamente à conclusão de que os sistemas jurídicos terão de acompanhar as transformações sociais, isso porque, e em última análise, se não há norma jurídica que não esteja inserida em um contexto histórico e político, disso não poderia se furtar a *Constituição,* entendida pelo *Direito Constitucional Clássico* como a *Lei Maior* de cada Estado (soberano).

Expondo de modo um pouco diferente: as *transformações econômicas e sociais* pelas quais vem passando o mundo contemporâneo impõem, de um lado, (*a*) modificações nos *conteúdos* do *Direito Constitucional* (*enquanto processo ou sistema*), ao mesmo tempo em que (*b*) os *fundamentos* do *Direito Constitucional,* oriundos da *Teoria Constitucional do séc. XIX,* reconhecem a necessidade de modificar alguns de seus tradicionais conceitos e/ou incluir outros. Nessa perspectiva, trata-se do *Direito Constitucional* enquanto *conhecimento.*

Em outras palavras: na seara do Direito Constitucional, os fenômenos da *Globalização* e da *Regionalização* (Comunidade Europeia e Mercosul), bem como a *Internacionalização dos Direitos Humanos*, têm dado novos contornos aos conceitos (clássicos) de *Soberania, Poder Constituinte, Estado como instituição monopolizadora da produção das normas jurídicas* e, até mesmo, o de *Constituição,* vista esta como *Lex*

25 Algumas posições filosóficas apontam (como é o caso de Miguel Reale), para um *Tridimensionalismo do Direito,* vendo-o como *Fato, Valor e Norma*.

Magna, portadora de uma *supralegalidade* que a fazia impor-se sobre todo e qualquer tipo de norma jurídica integrante do sistema jurídico (nacional).

Dissemos *fazia impor-se* tendo em vista que, nos dias atuais, o denominado *Direito Humanitário* se sobrepõe a qualquer sistema nacional, razão pela qual se chega a uma conclusão inevitável: os conceitos tidos como *clássicos* já não representam a realidade constitucional do momento.

Essa constatação significa dizer que, com base nos conceitos referidos, algumas situações concretas do mundo *pós-moderno* já não são passíveis de compreensão quando analisadas à luz daqueles, denotando, dessa forma, um fosso ou um *hiato* entre a realidade dos fatos e a explicação científica que se lhe pretenda dar, sendo um exemplo fundamental a aplicação do *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* não só à vida, mas também à morte.

Entenda-se bem: os temas que integravam o denominado *Direito Constitucional clássico* não desapareceram, mas apenas carecem de uma *redefinição*, a ser feita sob a ótica de um *novo mundo* que não poderá ser ignorado[26], como reconhece José Asensi Sabater, em capítulo intitulado *Una Mirada a los Problemas Constitucionales Actuales* [27], ao observar que "el conjunto de datos que venimos analizando conducen a la conclusión bien obvia de que nos encontramos en medio de una profunda transformación de las coordenadas constitucionales, en el centro de un giro constitucional".

Em seguida, escreve[28]:

> Cuál será desde ahora la función de las reglas constitucionales que trataban de asegurar el contorno y la estructura del estado, proporcionando al estado su propia estabilidad? Cómo asegurar, mediante un conjunto de reglas constitutivas, no ya lo perdurable del estado (su esquema mismo), sino, simplemente, la apertura de un proceso más incierto, menos definido, más abierto, donde desaparecen los sujetos colectivos, los momentos constituyentes? Cuáles son los centros de los nuevos poderes en contacto y al margen de los poderes que en contacto y al margen de los poderes estatales aparecen en esse entramado de transformaciones del nuevo escenario crítico del fin de la guerra fría, del exceso nacionalista, del desbordamiento de las fronteras políticas, de la instabilidad que se aprecia en los bordes

26 Veja-se, a propósito, o texto de Vieira (1999, p.15-48). Igualmente, Dobrowolski (2000) e Leão (2002).

27 ASENSI SABATER, José. **La época constitucional.** Barcelona: Tirant lo Blanch, 1998. p. 215.

28 Ibid., p.215-216.

> y en el interior del viejo sistema europeu de estados? Qué reglas los deben y pueden concernir?

Repita-se: em verdade, todas as transformações referidas hão de criar uma *nova Teoria Constitucional*, a qual deverá encontrar-se calcada na realidade (e não nos gabinetes), sobretudo quando se trata de analisar a *eficácia* de sua principal fonte, a *Constituição,* tomada no sentido jurídico-político.

Nesse sentido, o mesmo Asensi Sabater, depois de comentar a ausência de uma 'respuesta tranquilizadora' para o problema, conclui no sentido de que

> lo único que parece claro es la necesidad de avanzar hacia la elaboración de una teoría constitucional a la altura de los tiempos, una teoría que habrá de ser en todo caso de tipo proyectual, que trate de comprender el cambio de las sociedades. Una teoría capaz de enfrentarse a los problemas de la sociedad y de los ciudadanos y no un mero 'derecho de profesores' (Zagrebelski). Una teoría, en fin, que esté a la altura de los problemas que se plantean en las sociedades democráticas actuales [29].

Tratando dos fatores que estão determinando um *Realinhamento Constitucional*, Vieira[30] aponta

> três movimentos distintos que vêm rearticulando o constitucionalismo contemporâneo: a *regionalização*, representada pela união de Estados, com fins específicos; o *cosmolitanismo ético*, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos; e a *globalização econômica*, que busca estabelecer um hábitat ideal para a livre circulação e atuação do capital transnacional por todo o globo.

E prossegue:

> O primeiro desses movimentos que têm causado uma reconfiguração dos sistemas constitucionais decorre da

29 Ibid., p.216.

30 VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.15-17.

> formação de blocos regionais, onde, em função de uma integração econômica, surge a necessidade de uma integração de ordem política e jurídica.
> [...] O segundo movimento [...] decorre do desenvolvimento de um sistema internacional de direitos humanos a partir do final da Segunda Guerra.
> [...] O terceiro movimento, reconhecido como globalização econômica, não decorre de uma ação deliberada de estadistas, com objetivos éticos, como no caso dos direitos humanos, ou político-econômicos aqui no sentido do fortalecimento coletivo das economias de uma determinada região, como no caso da União Européia, mas de uma retórica voltada a justificar a expansão e os interesses do capital dos países de economia central, especialmente os Estados Unidos. Essa expansão tem sido legitimada ideologicamente pelo neoliberalismo. Embora essa onda já se encontre em refluxo, ela continua exercendo uma forte pressão sobre os sistemas constitucionais, especialmente aqueles que reconhecem direitos de caráter social.

Del Cabo; Pisarello[31] afirma que

> desde su gestación, a mediados de la década de los 80, y sobre todo, con su creciente difusión a partir del desplome de los regímenes burocráticos del Este y del fin del mundo bipolar de la posguerra, el concepto de 'globalización' ha pasado a constituir un elemento omnipresente en toda reflexión teórica que pretenda dar cuenta acabada de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin de siglo. En ese marco, ha supuesto también un desafio central al paradigma constitucional entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en beneficio de los derechos de las personas.

Logo em seguida, em nota de pé de página, observa o mesmo autor que "apesar de la relevancia del tema, son más bien escasos los trabajos

31 DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Ed.), **Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía:** algunos efectos en América Latina y en Europa. San Vicente: Universidad de Alicante, 2000. Os textos citados estão na *primeira parte: Marco General*, p.23.

que han enfrentado directamente las aporías derivadas de la relación entre constitucionalismo y globalización" [32].

Não há dúvida de que o período denominado de *pós-modernidade,* e que coincide com a *Globalização,* vem sendo objeto de análises sob as perspectivas econômica e/ou sociológica, sendo poucos os autores que, apesar de sua importância e das relações que mantêm com o *Constitucionalismo*, têm se preocupado em estudar tais relações, sob o ponto de vista jurídico.

Esse vazio é, justamente, o que pretendemos suprir, tratando, pois, dos problemas aqui apenas levantados (em razão do espaço) sob o *ângulo jurídico*, em respeito à importância que o mesmo desempenha em um *mundo denominado de pós-moderno e globalizado* [33], pois, como o disse Casella, "o fenômeno, antes percebido pela economia, bateu às nossas portas e foi vivido pela política e pela nação, doravante também o haverá de ser pelo direito".

Como se viu, não é fácil fixarem-se os pilares que norteiam e seguram o conceito e conteúdo do *pós-modernismo* ou *pós-modernidade*. Em decorrência, esta dificuldade se multiplica quando a tentativa é a de explicar o sistema jurídico com as características deste período, até porque uma aparente contradição se faz presente quando olhamos os modelos constitucionais da atualidade. Referimo-nos ao fato de que novos ramos e novas ciências jurídicas setoriais têm se desligado da *árvore constitucional.*

Entretanto, ao invés de reduzir o seu tamanho, a elevação de novas matérias para serem amparadas no bojo da *Lei Maior* fazem desaparecer, dia após dia, a possibilidade das antigas *constituições sintéticas*, as quais estão sendo substituídas por *constituições analíticas,* nas quais qualquer matéria que as componha estará portando as características da *Supralidade* e da *Imutabilidade Relativa*.

Esse aumento da *árvore constitucional* leva-nos à possibilidade de afirmar que a *Constituição*, como documento político-jurídico e sob o ponto de vista material, é formada por diversos *subsistemas constitucionais* que, após devidamente inter-relacionados entre si, formam a Constituição em seu sentido material-total, a qual, por sua vez, encontra-se inserida em uma determinada realidade histórica, geográfica, sociológica, etc., da qual não poderá ser abstraída.

---

32 Ibid., p. 23-24.

33 CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional:** vertente jurídica da globalização. São Paulo: Síntese, 2000. p. 11. Em agosto de 2000, o Instituto Pernambucano de Direito Comparado, sob nossa Presidência, realizou em Recife, o 1º *Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Comparado*, tendo como tema central *Constitucionalismo & Globalização*.

Nessa perspectiva, escreve Carvalho[34]: "Se é correto mencionarmos a Constituição brasileira como sistema de proposições normativas integrante de outro sistema de amplitude global que é o ordenamento jurídico vigente, podemos, é claro, analisar os subconjuntos que nele existem".

O que nos interessa agora é a subclasse, o subconjunto ou o subsistema constitucional tributário, formado pelo quadro orgânico das normas que versam matéria tributária, em nível constitucional. A homogeneidade desse grupamento de regras está determinada antes pela natureza lógica das entidades normativas do que pelo assunto sobre que dispõem. Atribuem-lhe unidade duas circunstâncias: estarem todas elas legitimadas pela mesma fonte - a norma hipotética fundamental - e consubstanciarem o ponto de confluência do direito positivo, no que concerne à matéria que lhes dá conteúdo.

Esse quadro não ocorre apenas na área da *Constituição Tributária*.

Godoy[35] destaca um ponto por demais oportuno para nossos objetivos quando afirma que

> O pós-modernismo vem sendo apropriado e estudado por muitas disciplinas, da filosofia aos estudos culturais, da geografia à história da arte, da política ao direito. No entanto, o que o pós-modernismo significa em uma disciplina não é exatamente o que pode significar em outra disciplina. Pode se perceber até incompatibilidade de significados. Embora circulando em âmbito de cultura popular, o pós-modernismo permanece tema e controvérsia em círculos culturais elevados, sofisticados e acadêmicos. O termo é muito flexível.

Na segunda parte de seu livro, na qual o autor se volta à análise do tema que inspirou o nome da obra, Godoy escreve que

> porém, decididamente, não há direito pós-moderno. Há, sim, reflexão jusfilosófica pós-moderna, questionadora dos paradigmas do direito moderno, mas incapaz ou desinteressada em apresentar modelo alternativo, real, factível. Quando muito, poderia se duvidar da cindibilidade justinianéia entre direito público e direito privado, questionando interesses públicos e

34 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.88-89.

35 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Pós-modernismo jurídico.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 16-17.

> demonstrando a primariedade suposta de alguns deles, que não se confundem simplesmente com os projetos que animam os governantes, detentores da máquina propulsora da inflação legislativa e de elefantíase judicial pela qual passamos [36].

Essa afirmativa feita por Godoy é de uma impressionante validade, sobretudo porque chama a atenção para o fato de que o *Direito (= sistema jurídico)* não quebrou radicalmente com os modelos passados, mas apenas evoluiu para receber, verdadeiramente, alguns inúmeros assuntos que até o surgimento do denominado *constitucionalismo social* oriundo do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, encontravam-se apenas regulados pela legislação infraconstitucional, enquanto que nos dias presentes foram elevados à categoria de matérias constitucionais, tal como analisaremos nas páginas seguintes, com destaque para 3 (três) áreas: a *biotecnologia*, a *economia* e o *processo judicial*, este último merecendo maior consideração em razão dos objetivos fixados neste trabalho.

Navarro[37], ainda na sua *Introdução*, tem lição-síntese que merece ser trazida à colação *ipsis litteris.* Diz-nos:

> Atualmente, desempenhada pela tecnologia, particularmente pela biotecnologia que está fazendo com que uma civilização radicalmente nova seja possível. Estamos no amanhecer de novas atribuições e responsabilidades com a espécie, momento único desde o início da evolução do homem que foi, até então, biologicamente protagonista de papéis escolhidos por forças externas à consciência. A troca de papéis de ator para autor de novos ensaios na odisséia humana traz consigo a ansiedade natural dos principiantes.

Questões jurídicas, filosóficas e éticas desses novos horizontes vêm sendo discutidas para amenizar o medo do desconhecido e do próprio homem com sua inigualável capacidade de destruição.

Inseminação artificial, congelamento de sêmen e seleção de espécies são técnica há muito dominadas pelo homem na agropecuária, sem despertar preocupação da sociedade por tratar-se de formas para melhorar a própria condição de vida.

---

36 GODOY, 2005, p.117-118.

37 NAVARRO, Andreya Mendes De Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder:** ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007. p. 2-3.

A utilização de meios artificiais para promover a seleção de raças humanas, tais como a experiência nazista em sua busca pela supremacia da raça ariana e os métodos de seleção do sexo masculino empregados por povos do Oriente, desencadearam o início de uma análise das mudanças de valores pelas quais a humanidade vem atravessando.

> Conceitos como fertilização *in vitro* (FIV), doação de sêmen, aluguel de útero, beneficiamento de espermatozóides, paternidade identificada por DNA, destino de embriões congelados, terapias genéticas, doações de órgãos, cirurgia para tratamento de doenças do feto, clonagem de criaturas trouxeram o material básico e os mecanismos da vida biológica do homem para os consultórios, tribunais e para os planos estratégicos das indústrias.[38]

O cerne do debate ético a respeito dos avanços biotecnológicos inclui questões referentes à privacidade genética, à disparidade de acesso a novas terapias e ao registro de patente genética.

Utilizaremos a terapia genética estritamente para curar doenças graves do homem ou deveríamos estender as tecnologias para aperfeiçoar os seres humanos?

A revolução biotecnológica é o foco principal de preocupação entre os cientistas, médicos e advogados, apreensivos com a eficácia e o avanço das novas tecnologias, com a perda da biodiversidade, a alteração da cadeia genética humana e com as imprevisíveis consequências da manipulação genética.

O que foi trazido à colação, irradia-se, evidentemente, na esfera da infraconstitucionalidade, fazendo com que ocorra a presença cada vez maior de diplomas legislativos envolvendo temas dos denominados ***biodireito***, do ***direito econômico***, do ***direito à cultura***, etc., podendo destacar, em relação ao primeiro (***Biodireito***), os seguintes diplomas legislativos, o que justifica a autonomia cada vez maior deste novo ramo do conhecimento jurídico:

Decreto nº 6.041, de 8 de fevereiro de 2007 – Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências; Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal; Lei nº 10.814, de 16 de dezembro de 2003 – Estabelece normas para a comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2004, e dá outras

38 Idem, p. 6-7.

providências; Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997 – Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências; Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 – Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

Toda essa legislação e o novo enfoque com que se vem tratando o tema tem gerado questões jurídicas de profundas indagações, tanto que no exercício da *Jurisdição constitucional*, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a pronunciar-se sobre a possível Inconstitucionalidade (ADIN 3.510-0 DF) do art. 5º da Lei Federal nº 11.105 (24.3.05), "Lei da Biossegurança", em ação que foi impetrada pelo então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles e que trouxe ao órgão máximo do Judiciário Brasileiro várias experiências processuais novas, inclusive a realização de Audiência Pública, por iniciativa do relator Min. Carlos Ayres de Brito.

Nesse quadro, independentemente de falar-se em ciências naturais e ciências humanas ou sociais, vale ressaltar que sobretudo as denominadas *Ciências do Direito* e *Ciências da Saúde* viram seus pilares sendo objeto de dúvidas, muitas das quais representando a existência de *lacunas* que, com urgência, necessitam ser preenchidas. Essa realidade significa sublinhar que o conhecimento científico se vê diante de uma mudança de *paradigma*, passando do denominado *paradigma cartesiano* para um outro, mais conhecido como *paradigma holístico* [39].

As palavras trazidas à colação pelo conceituado tributarista e os exemplos que mencionamos aplicam-se a qualquer subsistema constitucional, sejam aqueles referentes à ordem social (educação e cultura), aos direitos dos trabalhadores, à ordem econômica, à saúde e previdência, às garantias do processo (aplicáveis a qualquer ramo deste) como a todos decorrentes de uma evolução pela qual passaram as referidas matérias em nível constitucional.

Objetivamente, nessa evolução podemos destacar três aspectos que moldam a Constituição atual, a saber:

1) Modificou consideravelmente o *discurso constitucional*, que, desde então, não mais se resume aos tradicionais conceitos de Formas de Governo, Formas de Estado, Direitos e Garantias Individuais, Competência, Separação de Funções etc, mas, ao contrário, a esta terminologia juntaram-se vocábulos que

39 Vale referir-se ao fato de que em razão desta mudança de paradigmas, os autores costumam fazer sérias críticas ao modelo descartiano, sem que nenhuma voz se levante em sua defesa, ou seja, pelo menos à primeira vista, esquecem a contribuição dada pelo referido autor à evolução da Metodologia e da Epistemologia.

não têm uma explicação jurídica, como, por exemplo, juros reais, pleno emprego, dignidade da pessoa humana, eficiência da administração e da prestação jurisdicional, ordem social justa e centenas de outros. Tal fato refletir-se-á não apenas na já referida dimensão dos textos constitucionais, mas exige do seu estudioso um conhecimento quase enciclopédico, pois abrange os denominados "ramos da ciência jurídica" como, igualmente, as demais Ciências Sociais, da História à Economia e à própria Antropologia Cultural (ex: Constituição Federal de 1988, art. 231), para não falarmos de uma irrenunciável compreensão dos fatos regulamentados à luz da Sociologia;

2) Autorizou a Doutrina a falar em *Constituição Cultural, Constituição Tributária, Constituição Social, Constituição Econômica*, *Constituição da Saúde, Constituição do Processo (ou Teoria Constitucional do Processo)* cada uma representativa de um dos subsistemas constitucionais, embora só "isoláveis" para efeitos didáticos e/ou de análises;

3) Esta incorporação de novos temas à Constituição faz com que o constitucionalista passe de uma análise à luz do *modelo descartiano (realidade fragmentada)* para uma *análise holística (ou total da realidade),* a ser feita em duplo sentido.

Evidentemente estamos realizando simples constatação de uma realidade e não pretendemos analisar todos estes subsistemas constitucionais na visão da pós-modernidade, mas apenas aquele que por enquanto nos interessa, ou seja, o *Processo como integrante de um novo paradigma* [40].

2 A TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO COMO INTEGRANTE DE UM NOVO PARADIGMA: CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E DIREITOS INDIVIDUAIS

Se o estudo da *pós-modernidade* é tema por demais complexo e amplo, imagine-se quando se pretende buscar características que marquem um novo paradigma jurídico representativo desse momento histórico, e dentro dele tentar-se isolar os elementos que identificariam um determinado ramo do Direito.

No nosso caso, a *Teoria Constitucional do Processo (ou Constitucionalização do Processo)* como integrante de um *novo paradigma* é

40 Sobre o Biodireito Constitucional como *subsistema,* veja-se capítulo em nosso livro **Constituição & processo -introdução ao direito processual constitucional.** 2ª edição ampliada, revista e atualizada pelas Leis nº 11.417, de 19.12.2006 e nº 11.418, de 19.12.2006 (Repercussão geral no Recurso Extraordinário e Súmula Vinculante).

Em relação ao subsistema econômico, estamos preparando uma nova edição de nosso livro **Direito constitucional econômico brasileiro:** constitucionalismo & globalização. Sob a forma de artigo, veja-se **O Econômico e o Constitucional**.

o que por ora nos interessa e será nossa proposta apresentada de maneira bem esquemática, sob a forma de primeiras reflexões que deverão ser ampliadas, modificadas ou negadas com o passar do tempo, ou melhor, à medida que esta análise for se desenvolvendo.

Partamos de uma constatação, qual seja, nas palavras de Granda[41], a de que

> postmodernidad [...] no será socialista. Tampoco será, como algunos piensan, un regreso a algumas de las formas que ha asumido la sociedad liberal a lo largo de su desarrollo histórico: ni la romántica competéncia absoluta predicada en los primeros tiempos, ni el endiosamiento de la libertad al punto de que, en su nombre, no se permita controlar las posibilidades de explotación del hombre por los hombres o de los poderosos grupos econômicos sobre los pueblos y sobre los indivíduos como en su fase de expansión capitalista, parecen satisfacer las necesidades de un mundo ávido de libertad y de prosperidad para todos.Es probable que ese mundo de la postmodernidad sea, ante todo, realista".

Mais adiante, aborda o autor um ponto que nos parece de suma importância e que foi objeto de nossas reflexões no livro Teoria do Estado Contemporâneo[42], ou seja, o fenômeno da *Globalização,* expressão que Granda não utiliza, mas que fica clara nas entrelinhas de sua lição:

> Por outra parte – continua -, la intensidad de las comunicaciones, el intercambio permanente y generalizado de información y la posibilidad contínua de comparación, así como la mobilidad extraordinária del capital y de la población, llevarían probablemente a uma mayor igualdad tanto en el marco interno de cada país, como a nível mundial: un mundo que será también cultural y racialmente más homogêneo. Es probable que, como consecuencia de los primeros factores, las fronteras y las soberanias, baluartes del Estado liberal moderno, tiendan a atenuarse, mientras que se expanderán las nuevas formas asociativas

41 GRANDA, 1993. p. XI – Introdução.

42 GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Teoria do Estado contemporâneo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

> supracionales que han comenzado a aparecer bajo la forma de mercados comunes, uniones regionales, zonas de libre comercio etc. – [conclui][43]

Prova maior das influências das interrelações entre os sistemas jurídicos é o importante tema da *Recepção Legislativa* ou *Circulação de Sistemas*, por nós minuciosamente estudado no livro Direito Constitucional Comparado – Introdução. Teoria e Metodologia [44], e no qual destacamos a impossibilidade atual da antiga divisão das Famílias Jurídicas em *Common Law* e *Civil Law,* o que fica mais evidenciado quando se trata da análise do *Controle de Constitucionalidade* em ambos os modelos.

Feitas essas observações, poderemos apontar os seguintes elementos caracterizadores da *Teoria Constitucional do Processo como integrante de um novo paradigma*. Assim sendo, teríamos:

a) A elevação do Processo ao nível constitucional visa, antes de tudo, a tornar efetivo o Princípio da ***Dignidade Humana*** no mundo pós-moderno, convertido em ponto central (e daí ser, além de *valor,* um *Princípio Fundamental*) na concepção deste *novo constitucionalismo* em que a Pessoa assume a posição antes ocupada pelo Poder do Estado. Assim, por exemplo, o Direito Administrativo deixa de ser o Direito da Administração, para ser o Direito do Administrado.

Ademais, essa mencionada valorização das normas processuais transforma alguns princípios antes conhecidos e justificados apenas historicamente e em nível de infra-constitucionalidade em matéria sujeita à proteção especial, isto é, com as características que lhe dão um *status diferenciado* no ordenamento jurídico positivo, ou seja, a *Supralegalidade* e a *Imutabilidade Relativa;*

b) No caso específico do Brasil, em razão do modelo constitucional de 1988, por tratar ele de *Garantias Individuais e/ou coletivas*, todos os seus elementos são inalcançáveis pela via do Poder de Reforma, sob pena de *inconstitucionalidade material;*

c) Visando a tornar realidade os *Direitos Individuais e Coletivos* assegurados nas Constituições Contemporâneas, em especial na nossa, todo o conjunto de normas e princípios garantidores que os asseguram voltam-se para uma *maior efetividade da prestação jurisdicional eficiente,* o que estaria assegurada independentemente de enumeração expressa;

---

43 GRANDA, 2008, p.XI-XII.

44 DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

d) Nesse sentido, dá-se ampla cobertura aos denominados *Processos Coletivos*, com a presença cada vez maior da *Substituição Processual,* cujo uso cada vez mais presente visa a desafogar o Judiciário, evitar decisões contraditórias sobre os mesmos assuntos e valorizar a economia processual;

e) Nesse quadro, e desde que não comprometam as Garantias Processuais Constitucionais, estão sendo criadas figuras processuais que aparentemente e à primeira vista desprezam o *formalismo processual*. É o caso, por exemplo, do *princípio da fungibilidade*, admitido, sobretudo, nas hipóteses de *Tutela Antecipada ou Liminares;*

f) Ainda em busca de uma *verdadeira Efetividade da Prestação Jurisdicional* tem-se aprovado a institutos como *Súmulas Impeditivas e Súmulas Vinculantes*, estas últimas mormente em matéria constitucional, com previsão de punição àqueles que recorrrem de decisões com objetivos meramente procrastinatórios;

g) O próprio acesso aos denominados *Tribunais Constitucionais* (ou àqueles que lhe façam às vezes) tem sofrido limitações através de institutos que permitam apenas e tão somente a subida de ações que realmente tenha um *interesse geral* e não apenas entre as partes;

h) A consagração cada vez maior do princípio da *Igualdade Processual,* ou seja, através dela os elementos da relação processual deverão ser tratados igualmente, sem discriminação alguma por parte de Magistrados e/ou servidores, sobretudo porque, onde a Lei quer um tratamento desigual, já o menciona. Isso é válido sobretudo para o denominado *processo trabalhista*.

Ao longo destas páginas e no capítulo seguinte, em uma visão de conjunto, deixaremos claro que o atual *paradigma constitucional-processual* não admite privilégios sob qual pretexto for, nem prestação jurisdicional que se exaura no simples processo de conhecimento. Em outras palavras: ao se buscar o tratamento igualitário das partes, busca-se muito mais do que o simples preenchimento de formalidades, antes a *efetividade do processo*, o que implica em que a prestação jurisdicional não se exaure em simples dizer o direito, mas entregá-lo a quem realmente é seu titular.

Por tudo o que foi dito, chega-se a falar, inclusive, em uma relação existente entre o *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*, título, aliás, de trabalho escrito por Eduardo Cambi [45]. Nesse sentido, o estudo inicia-se com as seguintes palavras: "A Constituição, como Lei Fundamental, estabelece,

45 In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil.** 6.ed. Salvador: Podivm, 2008. p. 139-171.

explícita ou implicitamente, os valores, os princípios e as regras mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico." [46]

A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira *direta,* quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser *indireta*, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores, etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.[47]

E conclui: "[...] não se podendo compreender o processo, sem antes buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental" [48].

Não há dúvida alguma que a maior função do processo é a *tutela de direitos*. Entretanto, como ensina Couture[49],

> lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido.
> Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos princípios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar.
> Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacia de la Constitución sobre la ley procesal.
> La tutela de proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales.

Razão tem Couture, sobretudo quando observa que "las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación

---

46 Idem, p. 137.

47 Ibid, p. 138.

48 In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil.** 6.ed. Salvador: Podivm, 2008. p. 139-171, p.139.

49 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3.ed. (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. p.148.

programática de princípios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora" [50].

Bettiol[51], referindo-se à *instabilidade dos Códigos* e à necessidade de que as normas processuais encontrem-se consagradas constitucionalmente, afirma:

> Un Código procesal que no encuentre su fundamento racional, político y jurídico, en el articulado de una Constitución que 'reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre' (art. 2) se encuentra expuesto a todas las posibilidades de reformas vinculadas a mayorías político-parlamentares ocasionales, con grave perjuício de las libertades públicas y privadas. La Constitución es así una garantía y un limite insalvable hasta el momento de su reforma[52].

A presença de normas processuais nas Constituições, funcionando, de início, como *Garantias Constitucionais Individuais e do Processo* [53], é parte integrante do fenômeno que se vem chamando de *Constitucionalização do Direito,* causa e consequência do *caráter analítico das Constituições contemporâneas*, as quais conferem um *status de supralegalidade constitucional* àquelas matérias antes tratadas exclusivamente em nível infraconstitucional [54].

---

50 Ibid., p.151.

51 BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal.** Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977. p.222-223.

52 É preciso lembrar que o fato de constar da Constituição não significa, por si só, encontrar-se a norma a salvo de *mayorías político-parlamentares ocasionales,* como se refere Bettiol (1977), tendo em vista que o procedimento de reforma, mesmo nas *Constituições Rígidas*, pode ficar *flexibilizado* por determinada corrente política que possua, no Parlamento, o *quorum* necessário à reforma. Reconhecemos, contudo, que o dificulta. Por isso, entendemos que a Constituição Brasileira de 1988 andou de forma acertada ao inserir os *direitos e garantias individuais como limites materiais ao exercício do Poder de Reforma* (art. 60, § 4º, inciso IV), ou seja, como *Cláusulas Pétreas*, tal como expusemos no capítulo anterior.
Sobre *Processo e Democracia*, clássico é o livro de Calamandrel (1960), que reproduz conferências feitas pelo autor na Faculdade de Direito na universidade Autônoma do México. Ver ainda no campo do processo penal: Prado (1999, p.29); Vargas (2002); Souza Netto (2003); Bonato (2003); Passos; Oliveira (2001); Carvalho (2004); Goldschmidt (2002); Cláudio; Tovo (1989); Fernandes (1999); Choukr (1999); Tucci (1986).

53 Veja-se MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal.** São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001.

54 Veja-se, a propósito, BARACHO, José Alfredo De Oliveira. **A constitucionalização do direito: a constitucionalização do direito processual, processo civil e direito constitucional, direito processual comunitário**. **Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG**. Belo Horizonte, ano 2, n.11, abr. 2000. Ainda: AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Esse *status*, entretanto, de nada valerá se não houver um Judiciário composto por juízes que tenham a independência e a coragem de fazê-las efetivas frente à *vontade momentânea do poder*, sobretudo do Executivo, que muitas vezes (no caso do Brasil, milhares de vezes!) tenta transformar em letra morta *direitos e garantias constitucionalmente assegurados* [55].

Nesse ponto, não temos dúvida em afirmar que é fundamental a difusão de um *sentimento ou patriotismo constitucional* [56], o qual, em última análise, poderá fundamentar até mesmo a *Desobediência Civil,* visto que, nas corretas palavras de Ferrajoli[57], "la violación (de los derechos fundamentales) por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercício del derecho de resistencia" [58].

Ao lado desse aspecto, cumpre reconhecer a necessidade de um Judiciário devidamente aparelhado, tanto materialmente quanto em relação a pessoal, com *independência financeira* não apenas prevista na Constituição, mas concretamente real, em que não haja a necessidade, sobretudo nas comarcas do interior, de *ajuda* das Prefeituras, muitas delas emprestando o prédio para o funcionamento das Varas, além de residências para Magistrados e Promotores os quais, por mais que sejam desvinculados de laços políticos, em tais situações tornam-se devedores das *benesses* do Poder Executivo Municipal.

Vale ainda destacar que o conteúdo daquelas (*normas processuais*) varia de acordo com a *ideologia constitucionalmente consagrada*, a qual (e não poderia ser diferente), por sua vez, refletir-se-á na regulamentação feita

---

55 Como exemplos, citem-se, em primeiro lugar, o número cada vez maior de *Medidas Provisórias* restritivas de Direitos e Garantias Individuais e, portanto, de conteúdo constitucionalmente duvidoso. Em segundo lugar, o mesmo se diga em relação ao cumprimento, pelo Poder Executivo, dos *Precatórios Judiciais* que, na prática, se transformaram em letra morta, podendo ser traduzidos dentro do velho aforismo "ganha, mas não leva", enquanto o Judiciário assiste passivamente ao descumprimento de suas decisões, visto que, no fundo, não contam os Tribunais com o apoio do STF, o qual argumenta com a "situação econômica dos Estados", como se examinar esse aspecto fosse mais importante do que defender o valor da decisão proferida. No mesmo sentido de nossa opinião, têm sido vários os pronunciamentos do Min. CARLOS AYRES DE BRITO no Pleno daquele Tribunal, sempre que se põe em discussão a matéria.

56 MIÑON, Miguel Herrero De. Patriotismo constitucional o constitucionalismo útil? In: _____. **El Valor de la Constitución.** Barcelona: Editorial Crítica, 2003, p.394-420; VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional:** aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985; VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004; STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

57 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías, La ley del más débil.** Madrid: Editorial Trotta, 1999. p.53.

58 Sobre *Desobediência Social*, vejam-se: Araújo (2002); Buzanello (2003); Costa (2000); Esteves (1989); Garcia (2004); Monteiro (2003); Paupério (1978); Repolês (2003); Ribeiro (2004); Tavares (2003); Thoreau (2002).

pelas normas infraconstitucionais em matéria de *processo* e *procedimento*. Em outras palavras: *o modelo constitucional determinará o modelo de sistema processual em uma dada sociedade*.

Pessoa Vaz[59], tratando do tema, chega a escrever que "cumpre definir o processo como *garantia da liberdade individual* e dos *direitos fundamentais dos cidadãos* perante a lei nos modernos sistemas do *Estado de Direito* e do *Estado Social de Direito*".

Em seguida, depois de identificar uma "*linha evolutiva* dos sistemas processuais dos últimos séculos, encarados precisamente sob o prisma do *progressivo aumento das garantias judiciárias* fundamentais dos cidadãos", menciona Pessoa Vaz nada menos de 4 (quatro) modelos, a saber [60]:

> *a)*Sistema do *processo comum* europeu medieval (dominante até fins do séc. XVIII);
> *b)*Sistema do *processo liberal* (introduzido pela Revolução Francesa);
> *c)* Sistema do *processo social* (expressão do socialismo europeu do séc. XIX, consagrado na Ordenação Processual Austríaca de 1895 de FRANZ KLEIN);
> *d)* Sistema dos *processos socialistas* (resultante da Revolução Russa e que dominou nos países de influência soviética da Europa Oriental).

Para cada um desses sistemas, Pessoa Vaz apresenta os seguintes caracteres:

> *a)*Sistema do *processo comum* europeu medieval: assenta em *privilégios de classe* de tipo feudal (*justiça privilegiada, desigualitária e patrimonial*); reveste natureza *secreta, escrita, mediata*, descontínua e de *grande duração*, consagra o regime da *prova legal* (verdade formal) e das sentenças imotivadas; constituindo como tal um sistema de justiça autoritária, opressiva e arbitrária;
> *b)*Sistema do *processo liberal*: assenta na *supressão* das jurisdições privilegiadas e no princípio da igualdade

---

59 VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil: do antigo ao novo código**. Porto: Almedina, 1998. p. 128. Grifo do autor.

60 IBID., p.128. Embora não fale, expressamente, em Constituição, notar-se-á que cada modelo corresponde à compreensão constitucional vigente à época. Os itálicos são do autor, bem como é mantida a grafia. O negrito, contudo, é nosso.

de todos os cidadãos perante a lei e os tribunais – mas cria uma *igualdade puramente formal*, inspirada no princípio individualístico do *'laisser faire, laisser passer'*, - reveste natureza *pública, oral, imediata e concentrada*; - consagra os princípios da livre convicção do juiz na apreciação da prova, da garantia do *segundo grau* de jurisdição (apelação), da *documentação* da prova e da *motivação* das sentenças: - adopta o conceito do *juiz passivo* (*princípio dispositivo*), pelo que reveste carácter essencialmente *privatístico,* e apenas atinge a verdade formal, traçando do processo um conceito *duelístico, agonístico ou desportivo*: (Sporting Theory ou Adversary System entre os anglo-saxônicos); sendo de salientar que os princípios da oralidade, da imediação e da publicidade, instituídos pelas leis revolucionárias (Lei de 16-24, de Agosto de 1790 e outras não foram respeitados pelo *Code de Procédure Civile* de 1806);

*c)*Sistema do *processo social:* consagra de maneira rigorosa e efectiva os princípios da *oralidade*, da *imediação*, da *concentração* e da *publicidade*, assenta no princípio da *livre apreciação* da prova, e concede as garantias do *recurso de apelação* (com renovação da prova oral em 2ª instância), da *motivação exaustiva* das sentenças, da rigorosa *documentação* da prova, do juiz *activo, responsável e assistencial* (que visa criar entre as partes uma igualdade *real e efectiva* e não meramente formal – pelo auxílio que o juiz concede à parte económica e culturalmente mais débil e desfavorecida) construindo assim uma estrutura processual com carácter acentuadamente *publicístico*, dominado pelo princípio da *investigação oficiosa* da verdade material pelo juiz (princípio *inquisitório* ou de *investigação 'Forschunsprinzip'*): estrutura essa que o próprio KLEIN qualificou como 'um instituto de bem estar social'- *Wohlfahrtseinrichtung.*

d) Sistema dos *processos socialistas:* este sistema tem fundamentalmente as mesmas características *técnicas e sociais* do sistema antecedente (nomeadamente no tocante à *oralidade-imediação e concentração*); mas confere ainda *maior força* e acentuação aos princípios do *juiz activo* e *assistencial*, da *igualdade efectiva* das partes, da descoberta da *verdade material* ou *objectiva* (consagrada até explicitamente no art. 103º

> da Constituição Checoslovaca), da fiel *documentação* da prova oral produzida em 1ª instância, da *motivação exaustiva* das decisões de facto e de direito e da *máxima publicidade* das audiências: - tendo de *específico* o carácter *eletivo* dos juízes e a participação de dois *assessores populares* nos tribunais de 1ª instância com vista à *democratização* da justiça ou à sua aproximação do poder popular e fazendo do processo, através daquela larga publicidade e da motivação exaustiva das sentenças, um potente meio de *educação jurídica e política* dos cidadãos em geral e de prevenção e defesa do princípio da *legalidade socialista* – sendo de salientar a este propósito que 40% dos juízes russos e 60% dos juízes polacos eram indivíduos do sexo feminino, e que o estímulo à larga participação do público nas audiências é criado, entre outros factores, pelo *horário e local* em que essas audiências por vezes se realizam (fábricas, empresas e outras entidades colectivas)[61].

Fernandes[62], com base em Dias, analisa o modo como as orientações políticas típicas, historicamente afirmadas, influíram na estrutura e caracterização do processo penal:

a) Numa *concepção autoritária do Estado*, o processo penal é dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração autônoma e, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vector processualmente relevante. O arguido, por seu turno, é visto não como sujeito coactuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, como algo que é afeito ao processo, mas que nele não participa ativamente;

b) No *Estado liberal*, no centro da consideração, está agora o indivíduo autônomo, dotado com os seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata no processo penal é de uma oposição de interesse (portanto, de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de

---

61 A propósito de alguns temas referidos pelo autor luso, consulte DANTAS (1993) e Dantas (1997). Importante análise é feita por CAPPELLETTI (1973, p.3-20), onde o A. demonstra a dificuldade de identificar os princípios processuais consagrados nas diversas legislações.

62 FERNANDES, Antônio Scarande. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 1999. p.14-15. Grifos nossos.

sua liberdade. Por seu lado, a lide, para que seja 'fair', supõe a utilização de armas e a disponibilidade, pelos contendores, de meios tanto quanto possíveis iguais; por isso, o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado, antes tem de surgir como verdadeiro sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais;

c) No *Estado-de-direito social*, a relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo; pois que no processo penal desempenhar-se-á, antes de tudo, uma função comunitária, será ele próprio uma parte da ordenação comunitária. No processo penal, trata-se primariamente de um assunto da comunidade jurídica, em nome e no interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso [63].

Em seguida, arremata Fernandes: "Desses entendimentos extrai-se que o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país" [64].

A análise do processo à luz da Constituição só ocorreu com a consagração ostensiva de garantias processuais pela própria Lei Maior, após a IIª Grande Guerra Mundial.

A propósito, escreve I. Junoy[65] que

> tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese

63 Consulte-se Mir Puig (1982). Atualmente, encontra-se muito em voga a chamada *Teoria do Garantismo*, cujo expoente máximo é Luigi Ferrajoli, sobretudo em Ferrajoli (2002) e Ferrajoli (1999). No primeiro, o autor, dentre outros temas, trata das *Garantias Penais e Processuais* e da *Tipologia dos Sistemas Punitivos* (p.73-82), enquanto que no segundo analisa a *Crisis del derecho y crisis de la razón jurídica. El modelo garantista*, oportunidade em que aponta a *Crisis de la legalidade*, a *Crisis del Estado social* e a *Crisis del Estado nacional* como os três aspectos desta crise. Ainda: Ferrajoli (2001).

Ver também Rosa (2002), no qual, sobretudo no capítulo 3, o autor analisa interessantes temas como *O crime de Porte de Arma apreendida na residência do agente; O Aborto por má formação do Feto* e *A Concessão de Liminares contra o Estado e o Direito à Saúde; em* Coelho (2003), principalmente, o capítulo 5, *O Garantismo como Teoria Jurídica Adeqüada à Efetivação dos Direitos Humanos*.

64 FERNANDES, op. cit., p.15.

65 I. JUNOY, Joan Picó. **Las garantías constitucionales del proceso.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997. p.17-18.

> o violase tales derechos, protegiéndoles, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución – como destaca TROCKER – aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra.

Na mesma linha de raciocínio, observa Almagro Nosete[66] que

> tradicionalmente, las normas de Derecho constitucional procesal no eran numerosas. Bastaba con señalar las líneas de organización del poder judicial y fijar algunas garantías sobre el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, la experiencia de las dictaduras y regímenes totalitarios, con lo que suponían de manipulación de la Justicia, extorsión de garantías procesales y sustracción de campos jurídicos a la justicialidad, motivaron que los redactores de las Constituciones de la postguerra, subsiguiente a la II Guerra Mundial, tomaran precauciones, en orden a la fijación expresa en las cartas constitucionales, de reglas que impidieran abusos legislativos y gubernamentales en estas materias. Ha surgido así el fenómeno de la obligada 'constitucionalización' de normas procesales, consideradas indispensables para el mantenimiento del imperio de la ley en las sociedades democráticas.

Destacando o maior interesse dos processualistas pelas normas infraconstitucionais em detrimento da perspectiva constitucional, doutrina Favela, em artigo intitulado Tendencias Actuales en el Proceso Civil [67], que

> hasta hace poco tiempo los estudiosos del proceso civil se ocuparon en lo fundamental de las normas y los principios contenidos en los codigos procesales civiles, *con descuido del analisis de las normas y los principios que establece la Constitución acerca de esta materia*. Fueron las obras del gran maestro del procesalismo

66 ALMAGRO NOSETE, José. **Constitución y proceso.** Barcelona: Librería Bosch, 1984. p.156.

67 In: SOBERANES, José Luis (Compilador). **Tendencias actuales del derecho.** México: Fundo de Cultura Económica , 1994. p.28. Grifo nosso.

> iberoamericano, Eduardo J. Couture, los que pusieron de manifiesto la necesidad de examinar las relaciones entre las normas constitucionales y las disposiciones legales respecto al proceso civil. En su ensayo, ya clasico, acerca de 'Las garantías constitucionales del proceso civil', Couture se propuso 'mostrar en qué medida el Codigo de Procedimiento Civil y sus leyes complementares son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución'. Con este designio, Couture destacó los aspectos constitucionales de la acción y la excepción, los actos procesales y el debido proceso, la sentencia y la jurisdición" – prossegue Favela com considerações mais detalhadas acerca de Couture, Fix-Zamudio e, inclusive, com referências ao constitucionalismo mexicano.

Um fato, sobretudo diante do que inicialmente foi dito pelo autor referido, merece destaque, ou seja, se havia omissão na Doutrina processual no sentido de analisar os aspectos e princípios inscritos nas Constituições, aquela (omissão) se dava em consequência das escassas referências feitas pelas Constituições à matéria processual. Mesmo assim, não se pode levar a omissão referida à unanimidade da Doutrina, visto que, por parte de alguns, essas preocupações eram objeto de análises, inclusive entre os autores brasileiros do séc. XIX, como é o caso de Pimenta Bueno.

Dito de outra forma: mesmo que a ênfase constitucional do processo seja algo relativamente recente, não se pode olvidar que a partir do Constitucionalismo Liberal, como conseqüência do fato de a Constituição ser encarada como *Lei Maior* [68], entendia-se que esta teria o dever de tratar das linhas mestras referentes ao *processo* como meio de solucionar litígios, visto que tal providência é privativa da *Função Jurisdicional* como forma de manifestar-se do Poder Político [69].

Sobre esta *superioridade da Constituição* frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo, escreve Tucci [70]: "Mostra-se, a cada instante, notória e grande a influência exercida pelos preceitos constitucionais

---

68 Veja-se em Dantas (2001b) o capítulo intitulado *Constituição Formal: Teoria Geral*.

69 Apesar de propostas que hoje são apresentadas, como, por exemplo, a *Arbitragem* e outras formas, especialmente, no processo trabalhista, a afirmativa permanece válida. Esse posicionamento – é bom que se diga – permanece até hoje, apesar da mudança ôntica ocorrida no atual conceito de Constituição, no sentido de enxugá-la (como querem alguns).

70 TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo:** regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1.

sobre todas as demais normas jurídicas à luz delas, necessariamente editadas. E isso, de modo destacado, no tocante às normas processuais."

Com efeito, lei suprema que é, a Constituição Federal, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes do direito, e contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, em seus textos repousam numerosos dispositivos e institutos de direito processual.

Justifica-se essa metodologia, como lembra Renzo Provinciali, sobretudo em época de transição, pelo escopo de conferir maior garantia de perenidade a normas reputadas fundamentais – concluem os autores mencionados.

Todo o direito processual, como ramo do direito público – escrevem Cintra; Grinover; Dinamarco[71],tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários; em virtude deles, o processo apresenta certos aspectos como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária [72].

Cabe aqui uma observação importante: as prerrogativas dos indivíduos, no sentido de poderem contestar as providências tomadas pelo Estado, formam uma relação a que identificaríamos como *dialética.*

Assim, por exemplo, se ao Estado é dado o direito de desapropriação, de executar seus créditos, de criar tributos, enfim, de impor comportamentos, por outro lado é assegurado ao indivíduo contestar tais atos do Poder Público quando estes atinjam, de forma ilegal, direitos a ele pertencentes.

Um ponto deve ser ressaltado: se as Declarações de Direitos Individuais enumeram, positivando, aqueles que são próprios do homem, isso tudo seria

---

71 CINTRA, Antônio Carlos De Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 15.ed. São Paulo: RT, 1999. p.78-79.

72 A existência do que se poderia denominar de presença dos *aspectos processuais na Constituição*, fez surgir, no âmbito da Ciência Processual, a defesa da *Unidade da Ciência Processual*, dando origem à *Teoria Geral do Processo*. A propósito, veja-se Cintra; Grinover; Dinamarco (1999, p.49).

em vão se, em última análise, não estivessem constitucionalmente consagrados os meios de fazê-los respeitados, pelo que podemos recordar que o atual sistema constitucional brasileiro, com tal finalidade, consagra os *Remédios Constitucionais* do *Mandado de Segurança Individual, Plúrimo ou Coletivo*; do *Habeas Data* e *Habeas Corpus*; do *Mandado de Injunção, Ação Civil Pública* e do *Controle da Inconstitucionalidade das Leis e Atos Administrativos*. Mencione-se ainda a possibilidade que tem o cidadão (depois da CF/88 não mais no sentido político-eleitoral, mas sim no do art. 1º, inciso II) para, através da *Ação Popular*, fiscalizar a aplicação do dinheiro público, isto em defesa dos interesses maiores da coletividade [73].

Destacando a importância das relações existentes entre *Direitos Individuais* e *Garantias Constitucionais,* Rui Barbosa era taxativo:

> O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta por si só para assegurar o seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão frequentemente se apossa dos governantes. Para isso a declaração de direitos se completa com o enunciado das garantias que protegerão os referidos direitos, enunciado este que a Constituição formaliza.

Em seguida, o clássico e sempre atual Rui Barbosa conceitua as *Garantias Constitucionais* em dois sentidos - *lato* e *estrito*. No primeiro,

> vêm a ser acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então Garantias Constitucionais no sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição". [Já] em sentido estrito, se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizada pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana [74].

---

73 Ver Dantas (2001a); Dantas (2001b); Dantas (1995); Dantas (1994).

74 BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1934. p.278-279.

González Pérez[75], escreve que

> si en las Constituciones existen normas referentes a los distintos procesos – a fin de consagrar elementales garantías procesales – es obvio que contendrán normas sobre aquellos procesos instituidos, precisamente, para conocer pretensiones fundadas en la propia Constitución. Es más, son las Constituciones las que regulan básicamente estos procesos, siendo complemento de los preceptos constitucionales las correspondientes leyes orgánicas.
> Esta doble circunstancia – normas reguladoras y normas que constituyen la materia litigiosa – ha dado lugar a que su estudio se haya hecho, principalmente, no por los procesualistas, sino por los constitucionalistas, de espaldas a la técnica procesal.

Sanchis, em artigo intitulado El Sistema de Protección de los Derechos Fundamentais: el artículo 53 de la Constitución Española e na linha em que viemos desenvolvendo nosso raciocínio, escreve:

> Para que el derecho fundamental sea un derecho subjetivo en sentido riguroso, es decir, para que exista verdaderamente, es necesario que el ordinamiento reconozca a su titular la posibilidad de exigir ante un órgano jurisdiccional la satisfacción de la obligación incumplida; esto es, que autorice la puesta en marcha de un proceso tendente a obtener la reacción jurídica adecuada frente a la inobservancia de la obligación, frente a la violación del derecho reflejo. En realidad, esa obtención de tutela supone concurrir a la creación de normas jurídicas individuales (v. gr. de sentencias) que tienen por objeto sancionar la conducta contraria a Derecho. Pero, como en el caso de los derechos fundamentales la obligación que se trata de hacer valer constituye un límite a la actuación del poder, esa norma individual puede implicar la anulación, por ejemplo, de una decisión administrativa, la inaplicación de una norma general –sistema norteamericano de justicia constitucional – e incluso su expulsión del

75 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho procesal constitucional.** Madrid: Editorial Civitas, 1980. p.50.

> ordinamiento – sistema europeo o kelseniano -. Este es el fundamento del recurso de amparo, pues cuando la sentencia estimatória declara la ilegitimidad de la decisión que haya impedido el pleno ejercicio de un derecho fundamental, lo que está haciendo es crear una norma individual que, si carece de cobertura legal, tendrá por objeto sencillamente declarar la nulidad o anular otra norma individual en razón de su inconstitucionalidad; pero si el acto impugnado se apoya en una ley inconstitucional, entonces la norma individual supondrá la derogación singular de la norma general, que podrá culminar en su definitiva expulsión del ordenamiento si el Tribunal Constitucional sigue el procedimiento establecido en el artículo 55, 2º de su Ley Orgánica [76].

A lição exposta traz consigo um importante enfoque: para Rui, a *Divisão de Função* aparece como uma *Garantia Constitucional*, na medida em que evitará a concentração de poderes nas mãos de um ou de poucos. Contudo, aqui nos interessa a perspectiva segundo a qual se oferecem aos indivíduos meios para fazer valer os direitos assegurados, em tese, no texto maior. Ressalte-se que no denominado Estado de Direito, cada vez mais procura-se o aperfeiçoamento dessas prerrogativas, de que é exemplo o *Mandado de Injunção* [77] (art. 5º, LXXI) a ser concedido *"sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"* [78].

Essa íntima relação entre os *Direitos* e as *Garantias* torna-os um conjunto indissociável, até mesmo no instante de serem conceituados e entendidos.

Alcorta, no ensaio Las Garantias Constitucionales, citado por Ferreira, entende os direitos individuais como

---

76 SANCHIS, Luis Pietro. El sistema de protección de los derechos fundamentais: el artículo 53 de la constitución española. **Anuario de Derechos Humanos,** Madrid, n.2, p.369-370, 1983.

77 Infelizmente, o STF não deu a este instituto o seu verdadeiro sentido, confundindo-o, de forma errônea, com a *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão*. O Projeto de Reforma Judiciária, contudo, pretendeu corrigir a interpretação que lhe vem sendo dada, determinando, de forma expressa, que sua função é suprir a lacuna da norma com *efeitos interpartes*, tal como sempre defendemos em Dantas (1994). Recentemente, o STF tem tomado outro comportamento em relação ao instituto.

78. Por todos, consulte-se o livro-tese de Rosa (2006).

> todos aqueles que constituem a personalidade do homem e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente, sem outra extrema que o limite do direito recíproco... Os direitos individuais, se bem sejam elementos da personalidade do homem, manifestam-se na própria pessoa, nas coisas e nas ações. Na pessoa, em todos os atos referíveis à liberdade individual. Nas coisas, com respeito ao seu uso e disposições exclusivas, propriamente meios de adquiri-las, de existência e de bem-estar. Enquanto às ações, com respeito a manifestações orais ou escritas da palavra e a todo exercício que com ela se relaciona[79].

Matteucci, escrevendo o verbete "Diritti Dell Uomo" no conceituado Dizionario di Politica dirigido por Bobbio e o próprio Matteucci[80], doutrina em feliz síntese:

> Infine questi diritti possono essere classificati in civil, politici e sociali. I primi sono quelli che attengono alla personalità dell'individuo (libertà personale, di pensiero, di religione, di reunione, libertà economica), per cui'all individuo è garantita una sfera di arbitrio o di licità, perché il suo comportamento non violi il diritto degli altri. I diritti civili obbligano lo Stato a un attenggiamento di non impedimento, a una astencione (sono una libertà *da*). I diritti politici (libertà di associazione nei partiti, diritti elettoral) sono collegati alla formazione dello Stato democratico reppresentativo e implicano una libertà attiva, una participazione dei cittadini nel determinare l'indirizzo politico dello Stato (sono una libertà *di*). I diritti sociali (diritto al lavoro, all'assistenza, allo studio, tutela della salute, libertà dalla miseria e dalla paura) maturati dalle nuovo esigenze società industriale, invece, implicano un comportamento attivo da parte dello Stato en garantire ai cittadini una situazione di certezza (sono ancora libertà *da*).

---

79 PINTO, Ferreira Luiz. **Princípios gerais do direito constitucional moderno.** 5.ed. São Paulo: RT, 1971. v.2. p.8.

80 MATTEUCCI, Nicola. Diritti dell uomo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dizionario di política.** Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinese – UTET, 1986. p.314.

Para nós, os direitos e garantias individuais formam aquele conjunto de preceitos jurídicos que, por sua natureza mesma, são inalienáveis ao homem como tal, fundamentados em seu *sentimento de justiça*; são manifestações de um resguardar-se frente à Organização Política e aos quais só se conhece, como limites, os mesmos direitos pertencentes a outro indivíduo, tal como no imperativo kantiano: o direito de um termina onde começa o direito do outro.

Tal conceito chama a atenção para os limites sócio-econômicos - elevados à categoria de direitos reconhecidos jurídico-positivamente - que são impostos, sobretudo após o constitucionalismo oriundo da 1ª Grande Guerra Mundial (México e Weimar), e que comprovam a *não imutabilidade da tábua de Direito Individuais*.

3 A IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL E A IDEOLOGIA PROCESSUAL

Antes de penetrarmos nas relações existentes entre *Ideologia Constitucional* e a *Ideologia Processual*, permitimo-nos trazer à colação o que escrevemos em nosso livro Instituições de Direito Constitucional Brasileiro [81]. Dissemos naquela oportunidade:

"Pacífico nos dias atuais é o entendimento segundo o qual o Direito (= processo ou ordenamento, sistema) está condicionado e relacionado com a História (também = processo) do tempo em que é legislado".

Nesse sentido é que se justifica o avanço, cada vez maior, dos estudos de História e/ou Sociologia do Direito, dos quais, evidentemente, não poderia fugir o Direito Constitucional, sem dúvida o que mais sente de perto esses condicionamentos, em consequência do fato de que, como norma essencialmente de natureza política, nela se manifesta - mais do que em qualquer outra - o conteúdo ideológico do momento histórico-político, dando origem ao estudo da denominada *Ideologia Constitucional* [82].

Como se não bastasse essa constatação, hoje verificável e comprovável empiricamente, o conhecimento da evolução histórica de determinado ramo do Direito oferece condições e elementos para que se possa conhecer e compreender o sistema jurídico vigente, o qual sempre recebe influências dos modelos anteriores, disso não escapando as Constituições, mesmo quando originadas de um *Poder Constituinte*.

Oportunas são, nessa direção, as palavras de Sabater [83] quando doutrina que

> adoptar una perspectiva histórica es imprescindible a la hora de precisar el significado normativo de la

81 DANTAS, 2001b, p.100-102.

82 Nessa linha de análises, veja-se Bonavides; Andrade (1988).

83 SABATER, José Asensi. **Constitucionalismo y derecho constitucional:** materiales para una introducción. Valencia: Tirant lo Blanch Livros, 1996.p.16.

> Constitución; o lo que es lo mismo, nos parece que sin acudir a la enseñanza de la historia no se puede explicar adecuadamente las transformaciones que han afectado al movimento constitucional, a esa herencia a que nos hemos referido, hasta llegar a consagrarse los princípios de la constitución democrática.

O raciocínio até aqui desenvolvido, apesar de sociológico, é profundamente indispensável - repetimos - para uma correta compreensão do conteúdo do Direito Constitucional em suas diversas fases de evolução histórica[84]. Em outras palavras: só através de tais análises poder-se-á identificar a *ideologia constitucional* e sua presença no *conceito material de Constituição* (*já* que este deve representar a ordem social total -incluam-se aí os princípios econômicos, culturais, políticos, etc.), consagrados pelo grupo.

Antes, porém, cabe lembrar, como o faz Denquin[85] que

> peu de mots, en science politique, ont un contenu aussi large et auissi vague que le mot 'ideologie'. Selon les auteurs, selon les contextes, il désigne non seulement des réalités différentes, mais même des notions incompatibles. Son utilization est parfois neutre, parfois laudative, parfois péjorative.

Inicialmente, vale lembrar que ao ser criada a expressão pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy, nos seus Elements d' ideologie, durante a Revolução Francesa, o termo *ideologia* trazia consigo a significação de *Ciência das Idéias*, ou seja, estudo das origens, evolução e natureza das idéias, tendo sido formada pela raiz grega *eidos* (= ideia) com *logos* (= estudo, conhecimento, teoria).

No evoluir da História, contudo, o termo assumiu outros sentidos, indo desde (I) aquele identificado no pensamento epistemológico marxista, ou seja, o *condicionamento inconsciente* a que estão sujeitos os homens na análise do social, e que levaria a uma distorção do conhecimento verdadeiro (a este fenômeno a Sociologia Americana identifica com o nome de *bias*), até aquele outro (II), utilizado neste trabalho, isto é, como conjunto de idéias que formam um programa, uma estratégia relacionada com a ordem política e social, visando a defendê-la ou modificá-la.

---

84 A propósito, veja-se Cardozo (2004).

85 DENQUIN, Jean-Marie. Science politique. Paris: PuF, 1985. p.193.

Nessa segunda perspectiva, portanto, é que se fala em *Ideologia Constitucional,* significando opção frente a vários modelos políticos, econômicos e sociais disponíveis para reger os destinos da sociedade [86].

Inegável é o fato - e já o dissemos - de que o Direito Constitucional é, nada mais, nada menos, que a consagração jurídico-positiva de uma determinada *Ideologia*, aquela socialmente aceita.

Em consequência, cada período ou ciclo em que se possa dividir a *História do Constitucionalismo Ocidental* (e ficamos adstritos a este por ser mais acessível) representa o predomínio de determinada forma de *idealizar a realidade*, sem assim pretender afirmar que o *constitucional* seja algo passivo na relação bipolar existente entre o *jurídico* e o *social*, em que se enquadram o econômico, o cultural, o histórico e o geográfico. Existe, isto sim, uma inter-relação, com predominância destes sobre aquele e conforme o posicionamento quase unânime da Sociologia Jurídica Contemporânea – concluímos naquela oportunidade.

Insista-se: a relação de que se falou, ou seja, entre a *Ideologia Constitucional e Processo*, não é apenas teórica, mas se reflete na necessidade de que as normas processuais, além de serem produzidas de acordo com o determinado na Constituição, sejam interpretadas à luz desta, de forma irrenunciável.

Medina[87], quando no item intitulado *Regime Político e Processo,* escreve: "Cumpre, antes, porém, examinar o problema da influência do regime político sobre a lei processual, aspecto preambular do tema de que ora nos ocupamos". O Processo Civil, como ramo do direito que timbra em buscar soluções técnicas para disciplinar de modo mais adequado o exercício da jurisdição, estaria imune aos fatores políticos? Ou seria sensível à sua influência, notadamente nos regimes autoritários?

É sabido que o Código de Processo Civil de 1939, editado por meio de Decreto-Lei, em pleno regime ditatorial do Estado Novo, sofreu tentativas no sentido de amoldá-lo às claves daquele regime. O próprio Ministro da Justiça que o referendou, o eminente jurista Francisco Campos, fez questão de acentuar-lhe a "concepção autoritária" que se traduziria no reforço de poderes do juiz, cujo papel na direção do processo decorreria, a um tempo, do caráter ideológico do Estado, e

---

86 Para Mannheim, em livro intitulado **Ideologia e utopia** (há uma tradução brasileira, Zahar, 1968) as funções referidas de defesa e modificação da realidade corresponderiam, respectivamente, à *Ideologia* (visando a estabilizar e reproduzir a ordem estabelecida), e à *Utopia* (constituindo forma de pensamento das classes oprimidas, objetivaria transformar a realidade *que é,* noutra que esteja moldada sobre seus valores).

87 MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Processo civil e Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais,** Belo Horizonte, n.3, p.238-239, jan.-jun. 2004.

da adoção da doutrina publicista do processo, formulada por Chiovenda. Como 20 anos depois observou o Prof. Moacyr Amaral Santos, em aula inaugural da Faculdade de Direito da USP, o intento, na verdade, era o de ir mais longe, perfilhando soluções típicas do processo inquisitório, como a que dava ao juiz até mesmo a faculdade de servir-se "do eventual conhecimento particular de fatos, ou haurido de fontes estranhas ao processo, e capazes de influir na decisão". Mas, felizmente, emenda sugerida por ilustres processualistas, com o apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo, salvou o texto do Código, em tempo, de semelhante excrecência. Assim, dos rasgos de autoritarismo que a Exposição de Motivos do Código tanto blasonou, ficou apenas a retórica. Ou, como diria o eminente Min. Xavier de Albuquerque, restou somente o eco de um "tom solene e enérgico", da "voz grossa e firme" – "vozeirão" tipicamente autoritário -, "que, como trombeta anunciadora de novos editos, caracterizam a apresentação, pelo governo estadonovista, dos nossos Códigos de Processo, aos quais fez de conta que imprimia o timbre de sua autoridade incontrastável e incontrastada, dando-lhe uma conotação política que fora, na verdade, marcadamente científica.

Em seguida, Medina, referindo-se ao CPC de 1973, afirma:

> Também o Código de Processo Civil de 1973, em vigor, foi promulgado em regime de poder fechado, fortemente concentrado nas mãos do Presidente da República, na vigência do Ato Institucional n. 5, posto que o Congresso Nacional, que o aprovou mediante lei, estivesse em funcionamento. Mas, diversamente de seu antecessor do Estado Novo, o Ministro da Justiça – e autor do anteprojeto originário da lei promulgada -, o eminente Prof. Alfredo Buzaid, não adotou na Exposição de Motivos, o mesmo tom autoritário, timbrando ao revés, em observar que 'o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito,' e esses meios ou essas fórmulas devem ser buscados nos modelos mais avançados de outros países, sem a preocupação de saber se correspondem à tradição do povo que os procura, dado o seu caráter eminentemente técnico da lei processual.

E finaliza Medina

> Para o Prof. Buzaid, portanto, não haveria correlação necessária entre o Processo Civil e o regime político sob a égide do qual fosse a respectiva lei concebida.

> De fato, a circunstância de o Processo Civil ter sua fonte primeira na Constituição não implica subordinação desse ramo do direito às inspirações políticas do regime. Pode-se ter, assim, um Código de Processo Civil que proporcione meios para a justa composição das lides, em consonância com as doutrinas e os modelos mais adiantados, ainda que promulgado seja ele em regime político autoritário. O estatuto processual civil brasileiro é, sem dúvida, exemplo eloqüente dessa assertiva [88].

Quer-nos parecer que, em uma visão concreta da realidade e em decorrência da *Constitucionalização do Processo*, o fato de este ter sua fonte primeira na Constituição, há de implicar subordinação desse ramo do direito às inspirações políticas do regime. Nesse sentido, observem-se as *limitações* sempre constantes que o sistema brasileiro vem impondo ao Mandado de Segurança, inclusive proibindo a concessão de liminares contra o Poder Público. E mais: a Emenda Constitucional, dando nova redação ao art. 100 do texto originário de 1988, na verdade tornou o Magistrado e o Processo de Execução contra a Fazenda Pública reféns do calote oficial hoje constitucionalizado, sem que nada seja feito em sentido contrário, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras: o regime político, tal como configurado nos últimos anos no Brasil, tem impedido que o processo, sobretudo civil, seja, realmente, o meio de eficácia da norma constitucional.[89]

A propósito, mais uma vez, demos a palavra a Couture, quando se refere a expressão *Garantía Constitucional,* escrevendo:

> En su desenvolvimento lógico, las premisas de este tema son las siguientes: a) – la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantia de la persona humana; b) – la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) – pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución; d) – si la ley instituyera una forma de proceso que privara al indivíduo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) – en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que

88 Artigo citado, p.240. por Medina (2003).

89 No momento em que escrevemos este texto, o CPC tem sido tão modificado que já estão sendo numeradas, hoje se falando em *Terceira Fase das Reformas*.

> el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes[90].

Nessa perspectiva, Caram Júnior[91] escreve que

> as regras processuais e constitucionais estão estreitamente interligadas. Estabelecem estas o comando geral para a criação de todos os demais preceitos que ordenam o convívio social. O Código Processual Civil também foi, naturalmente, instituído com observância nos mandamentos previstos na Constituição Federal.
> A atenção às previsões constitucionais pelo hermeneuta vai além dos limites da mera necessidade de estar em consonância com as suas previsões, adentrando nos limites da moral e da ética; isso porque os preceitos de ordem Constitucional trazem em seu bojo não simples regras de condutas, mas verdadeiros conceitos, dogmas ou posicionamentos axiológicos.

Na mesma linha de Caram Júnior, Tucci [92] doutrina que "torna-se relevante, outrossim, no estudo ora desenvolvido, a verificação dos *regramentos constitucionais do processo penal*, tidos, em generalizada e equivocada acepção, como 'princípios constitucionais do processo penal".

A atual Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expresso, contém várias preceituações alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal.

Assim também implicitamente, ao estatuir, no § 2º do art. 5º, que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte" [93].

---

90 COUTURE, 1993, p.149-150.

91 CARAM JÚNIOR, Moacyr. **O julgamento antecipado da lide:** o direito à ampla defesa e ao contraditório. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001. p. 67.

92 TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal (Estudo Sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.195-196.

93 Vale lembrar que a EC 45/2004, em seu art. 5º, § 3º determina que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Integram-se, destarte, uns e outros, na formação do sistema em que se consubstancia o ordenamento jurídico brasileiro, postos todos com a finalidade de plasmar as diversificadas instituições jurídicas que o compõem, e, correlata e especificamente, estabelecer, por inteiro e com científica índole, a normatividade do Direito Processual Penal.

Essas regras, na sua essencialidade de Direito Processual Constitucional, firmando *direitos subjetivos individuais* e as correspondentes *garantias*, são, exatamente, aqueles por nós denominados *regramentos constitucionais do processo penal,* que podem ser alinhados a partir da concepção de Direito Processual como "expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei."

Oportuna é a observação feita por Zavascki [94], ao tratar do *Fundamento Constitucional da Tutela Provisória*:

> é imprescindível que os institutos de direito processual, ainda quando tenham semelhança com os do direito estrangeiro, recebam aqui, não necessariamente as vestes que a doutrina e a jurisprudência estrangeira lhes dão, mas a roupagem própria e adequada ao nosso sistema constitucional. É preciso que as leis processuais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os princípios constitucionais aos quais servem e para cuja efetivação exercem função concretizadora [95].

Marinoni [96], estudando *A Ideologia no processo civil*, depois de afirmar que "a doutrina do processo civil, na sua pretensão de construir uma ciência neutra, tentou isolar o processo civil da realidade social" [97], prossegue:

---

94 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.60.

95 A propósito, escreve Couture (1993. p.37): "A Constituição nos oferece, pois, uma primeira estrutura basilar da ordem processual. Ocorre, apenas, que, em virtude da característica das normas constitucionais, consistente na sua generalidade, veremos aparecer diante de nós o maior campo possível no ordenamento normativo, o mais vasto panorama de aplicação de um preceito adjetivo".

96 MARINONI, Luiz Guilherme. A rebelião da prática contra o processo civil. In: _____. **Técnica Processual e Tutela de Direitos.** São Paulo: RT, 2004. p.81.

97 Em que pese o respeito que temos pelo citado autor, cremos que o mesmo confunde o *Direito Processual enquanto ciência*, com a *Política Processual*, da qual surge o *Direito Processual enquanto sistema*, tal como analisamos no item 1.2. deste capítulo. Feita essa ressalva, concordamos, no mais, com o raciocínio exposto, sobretudo, no que diz respeito aos *valores da Constituição Federal.*

> Essa tentativa de isolamento não apenas facilitou a ação de grupos mais organizados, que pressionaram para que seus direitos fossem protegidos mediante procedimentos diferenciados, como impediu estudos críticos sobre a *performance* do procedimento ordinário, ou melhor, a respeito da tese da uniformidade procedimental. Quem ganhou com isso, evidentemente, foram os que puderam patrocinar o *lobby*, pois os que não tinham poder político foram obrigados a se contentar com o procedimento comum.

Mais adiante, e agora relacionando a Constituição com o Processo, escreve:

> Nessa linha, o CPC brasileiro até a reforma de 1994, desconsiderava totalmente os valores da Constituição Federal. Uma Constituição que se baseia na *'dignididade da pessoa humana'* (art. 1º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5º, X) e o direito de acesso à justiça diante de *'ameaça de direito'* (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais.
>
> O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF – obviamente corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na 'dignididade da pessoa humana' e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade.
>
> Isso quer dizer que, se a propriedade pode ser protegida por meio de procedimentos especiais capazes de propiciar tutela preventiva, não há como negar igual formato aos direitos da personalidade, sob pena de desconsideração dos próprios valores constitucionais" – [conclui Marinoni] [98].

---

98 MARINONI, 2004, p.82-83. Veja-se o capítulo deste livro em que tratamos das *Garantias Principiológicas do Processo*.

Por outro lado, é lamentável que, apesar da legislação hoje vigente, o Poder Judiciário reaja de forma contrária ao espírito desta *eficácia da tutela preventiva*, muitas vezes, como acontece atualmente com o *Mandado de Segurança*, em que Medidas Provisórias visam a limitar, cada dia mais, a concessão de *Liminares*, o que é aceito por boa parte dos membros da Magistratura nacional, desfigurando, dessa forma, o próprio remédio heróico.

Por tudo o que até aqui foi dito, cumpre-nos observar que o Direito Processual visa, antes de tudo, a tornar eficazes (nos sistemas de *Constituição escrita*) os *valores* contidos na Lei Maior. No caso do Brasil, e como temos defendido em diversas oportunidades, todo o sistema constitucional e infraconstitucional deverá girar em torno dos *Princípios Fundamentais*, dentre os quais há de destacar-se a *dignidade da pessoa humana* [99].

Nesse sentido, é correta a lição de Delgado, em artigo intitulado A Tutela do Processo na Constituição de 1988 [100], ao doutrinar que

> a função do processo brasileiro, no momento, é de servir como meio e fim operantes para garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a aplicação dos dogmas jurídicos concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo concebido como valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Cappelletti[101], em fundamental artigo sobre o assunto, depois de fazer breves considerações sobre o *sentimento na sentença* [102], apontando as dificuldades para a sua análise, escreve:

> Uma das primeiras e mais elementares noções, pelas quais costumamos iniciar o ensino do direito processual, é a relativa a seu caráter instrumental: a 'instrumentalidade' do processo em geral, e do processo civil em espécie. O direito processual não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento volvido ao objetivo da tutela do direito substancial, público e privado; está, por assim dizer, 'ao serviço' do direito substancial, do qual tende a

99 Dentre outros trabalhos, veja-se Dantas (2001b, Cap. 12, p.361-388).

100 In: AMAGIS, 18/77. Citado por RIBEIRO, Djanira Maria Radamés de Sá. **Teoria geral do direito processual civil:** a lide e sua resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991. p. 33-34.

101 CAPPELLETTI, Mauro. A Ideologia no Processo Civil. **Revista da AJURIS,** Porto Alegre, ano 8, n.23, p.16-33, 1981. Veja-se também no clássico CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad.** Buenos Aires: E.J.E.A, 1974.

102 Sobre o tema, veja-se Calamandrei (1960) no capítulo II, intitulado *Justicia y Política: Sentencia y Sentimiento* (p. 57-83). No Brasil, a matéria foi muito bem tratada por Portanova (2003). Ainda: Silva (2004); SILVA (2003)

> garantir a efetividade, ou melhor, a observância e, para o caso de inobservância, a reintegração [103].

E prossegue um pouco abaixo:

> Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade.
> É realmente esta a primeira 'porta' e, direi mesmo, a grande porta, através a qual as ideologias penetram no processo. Refiro-me evidentemente às ideologias que fundamentam o direito substancial, público e privado, e seus institutos[104].

Mais adiante, Cappelletti, depois de citar exemplos com relação ao estudo dos *sistemas feudais*, destaca que "os institutos do direito substancial refletiam evidentemente uma concepção ou ideologia diferenciada, hierarquizada, anti-igualitária da sociedade. Esta ideologia anti-igualitária penetrava no processo sob formas várias e múltiplas. Basta recordar o sistema de provas judiciárias, nas quais aquela concepção ideológica significava, por exemplo, o prevalecimento do testemunho do nobre sobre o do não-nobre ou do menos nobre, do eclesiástico sobre o leigo, do rico sobre o pobre, do homem sobre o da mulher, do velho sobre o do jovem, etc.

> [...] A ideologia apriorística e formalista, a escolástica abstrata da época, encontravam em suma no processo medieval e, especialmente (embora não apenas) no seu sistema probatório (legal, numérico, apriorístico, formal), o espelho mais impressionante e mais fiel [105].

REFERÊNCIAS

ALMAGRO NOSETE, José. **Constitución y proceso.** Barcelona: Librería Bosch, 1984.
ALMEIDA, Malu. **Pós-modernidade & ciência: por uma história escatológica?** Campinas: Alínea Editora, 2003.

103 CAPPELLETTI, 1981, p. 17.

104 Ibid., p.18.

105 Ibid., p.18. No Brasil, sobre o tema, merecem referência: Casara (2004); Sidou (1997) e Fiuza (2002). Na literatura estrangeira, vale a leitura de Véscovi (1984, p.25-49), capítulo *História y Derecho Comparado*.

ALVES FILHO, Aluízio. **A Crise dos paradigmas dissensuais da sociologia**. Disponível em: <http://achegas.net/numero/vinteetres/aluizio_alves_23.htm>. Acesso em: 14 jun. 2006.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade.** São Paulo: Perspectiva, 2005.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ANKERSMIT, F. R. **Historia y tropologia:** acenso y caída de la metáfora. México: FCE, 2004.

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. **O direito constitucional de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XXI:** conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: ensaios de sociologia do direito. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ASENSI SABATER, José. **La época constitucional.** Barcelona: Tirant lo Blanch, 1998.

ASENSI-ARTIGA, Vivina; PARRA-PUJANTE, Antonio. El método científico y la nueva filosofia de la ciencia. **Anales de Documentación,** n.5, p.9-19, 2002.

BANCHER, Flavia. **A queda do muro de Berlim e a presentificação da história.** São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

BARACHO, José Alfredo De Oliveira. **A constitucionalização do direito: a constitucionalização do direito processual, processo civil e direito constitucional, direito processual comunitário.** Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG, Belo Horizonte, ano 2, n.11, abr. 2000.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1934.

BARCELONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad:** el regreso de la vinculación social. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

BERCIANO VILLALIBRE, Modesto. **Debate en torno a la posmodernidad.** Madrid: Editorial Síntesis, 1998.

BERNARD, Philippe J. **Perversões da utopia moderna.** Bauru: EDUSC, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal.** Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977.

BIDART CAMPOS, German J. **Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad:** pensando el presente al 2001 desde el presente y el futuro. Buenos Aires: EDIAR, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** Brasília: Paz e Terra, 1988.

BRANDÃO, Dênis M. S.; CREMA, Roberto. **O novo paradigma holístico:** ciência, filosofia, arte e mística. São Paulo: Summus Editorial, 1991.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia.** Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CAMARGO, Sílvio César. **Modernidade e dominação:** Theodor Adorno e a teoria social contemporânea. São Paulo: FAPESP, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. A Ideologia no Processo Civil. **Revista da AJURIS,** Porto Alegre, ano 8, n.23, p.16-33, 1981.

_____. **El proceso civil en el derecho comparado:** las grandes tendencias evolutivas. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

_____. **Proceso, ideologias, sociedad.** Buenos Aires: E.J.E.A, 1974.

CARAM JÚNIOR, Moacyr. **O julgamento antecipado da lide:** o direito à ampla defesa e ao contraditório. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

CARDOZO, Benjamin N. **Evolução do direito.** Belo Horizonte: Lider, 2004.

CARMO, Paulo Sérgio do. **Sociologia e sociedade pós-industrial:** uma introdução. São Paulo: Paulinas, 2007.

CARRASCO PIGNATELLI, Concepción Martinez. **Postmodernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estúdios políticos y Constitucionales, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e (em face da) Constituição:** princípios constitucionais do processo penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

CASARA, Rubens R. R. I**nterpretação retrospectiva:** sociedade penal e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional:** vertente jurídica da globalização. São Paulo: Síntese, 2000.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade:** A CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil. São Paulo: Editora LTr, 2003.

CASULLO, Nicolas; FORSTER, Ricardo; KAUFMAN, Alejandro. **Itinerários de la Modernidad:** Corrientes del pensamiento y tradiciones intelectuales desde la ilustración hasta la posmodernidad. Buenos Aires: EUDEBA, 2006.

CAVALCANTE, Pedro Teixeira. **Epistemologia e epistemologias.** Maceió: EDUFAL, 1979.

CHARLES, Sébastien. Da Pós-Modernidade à Hipermodernidade. Philosophica. **Revista Filosófica de História Moderna,** São Cristóvão, n. 5, p.91-114. mar. 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição:** temas escolhidos. Bauru: Edipro, 1999.

CLÁUDIO, Paulo; TOVO, João Batista. **Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Teixeira. **Moderno pós moderno:** modos & versões. São Paulo: Iluminuras, 2005.

CONNOR, Steven. **Cultura pós-moderna:** introdução às teorias do contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3.ed. (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da Cunha. **Pensar o direito** II: da modernidade à postmodernidade. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v.1.

_____. **Mandado de injunção:** guia teórico e prático. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

_____.**O valor da Constituição:** do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.

_____. **Constituição & processo introdução ao direito processual constitucional.** 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

_____. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

_____. **Direito constitucional econômico brasileiro:** constitucionalismo & globalização. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

_____. Dos princípios processuais na ciência processual contemporânea. **Anuário do Mestrado em Direito,** Recife, n.6, 1993.

_____. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001b.

DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Ed.), **Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía:** algunos efectos en américa latina y en Europa. San Vicente: Universidad de Alicante, 2000.

DENQUIN, Jean-Marie. **Science politique.** Paris: PuF, 1985.

DESCARTES. **Discurso do método.** São Paulo: Ícone, 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil.** 6.ed. Salvador: Podivm, 2008.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado:** uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Editora Landy, 2006.

DIP, Ricardo (Org.). **Tradição, revolução e pós-modernidade.** Campinas: Millenium Editora, 2001.

DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.) **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DOMINGUES, José Maurício. **Interpretando a modernidade:** imaginário e instituições. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DUARTE JÚNIOR, Durval. **Paradigmas em mutação:** a evolução do conhecimento humano. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2004.

DUVERGER, Maurice. **A Europa dos cidadãos.** Lisboa: Edições ASA, 1994.

EAGLETON, Terry. **As Ilusões do pós-modernismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1998.

EPSTEIN, Isaac. **Revoluções científicas.** São Paulo: Editora Ática, 1988.

ESTEVES, Maria da Assunção Andrade. **A constitucionalização do direito de resistência.** Lisboa: Associação Acadêmica de Direito, 1989.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 2007.

FEBVRE, Lucien. **A Europa:** gênese de uma civilização. Bauru: EDUSC, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional.** São Paulo: RT, 1999.

_____. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias:** la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**.Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira Figueiredo. **Hermenêutica contratual no estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César (Coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Crítica da modernidade:** diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FRANCELIN, Marivalde Moacir. **Ciência, senso comum e revoluções científicas:** ressonâncias e paradoxos. Disponível em: <http://www.csielo.php?script=sci_arttex&pid=S0100-19652004000300004>. Acesso em: 15 jun. 2006.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Devido processo legal:** uma visão pós-moderna. Salvador: Podivm, 2008.

FREITAS, Luiz Carlos de. **Uma pós-modernidade de libertação:** reconstruindo as esperanças. Campinas: Autores Associados, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenéutica de la modernidad.** Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição:** a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil:** direito fundamental. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

GERSCHMAN, Silvia; VIANNA, Maria Lucia Werneck. **A miragem da pós-modernidade:** democracia e políticas sociais no contexto da globalização. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1997.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O pós-modernismo jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GOERGEN, Pedro. **Pós-Modernidade, ética e educação.** Campinas: Autores Associados, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho procesal constitucional.** Madrid: Editorial Civitas, 1980.

GONZÁLEZ, Moisés. **Introducción al pensamiento filosófico:** Filosofia y Modernidade. 5.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

GOODFIELD, June. **Brincando de Deus:** a engenharia genética e a manipulação da vida. Belo horizonte: itatiaia, 1998

GOTT, R. **The crisis of contemporary culture.** Guardian: Ist Dec, 1986.

GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y derecho.** Bogotá: Editorial Temis, 1993.

_____. **Teoria do Estado contemporâneo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GROSSI, Paolo. **Mitologia jurídica de la modernidad.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUINSBURG J.; BARBOSA, Ana Mãe. **O pós-modernismo.** São Paulo: Perspectiva, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 10.ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2005.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 7.ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

HELLER, Agnes. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

_____; FEHÉR, Ferenc. **A condição moderna da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

_____. **Políticas de la postmodernidad:** ensayos de crítica social. Barcelona: Ediciones Península, 1989.

HORGAN, John. **O fim da ciência:** uma discussão sobre os limites do conhecimento científico. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

I. JUNOY, Joan Picó. **Las garantías constitucionales del proceso.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

IPAR, Juan José. **Ciência y sujeto en la modernidad.** Buenos Aires: Editorial Salerno, 1996.

JAMESON, Fredric. **A virada cultural:** reflexões sobre o pós-moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. **Modernidade singular:** ensaio sobre a ontologia do presente. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. **Pós-modernismo:** a lógica cultural do capitalismo tardio. 2.ed. São Paulo: Editora Ática, 2004.

JUDT, Tony. **Pós-guerra:** uma história da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KAGAN, Robert. **Do paraíso e do poder:** os Estados Unidos e a Europa na nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **A crise do século XX.** São Paulo: Ática, 1988.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial a pós-moderna**: novas teorias sobre mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LAMPERT, Ernani (Org.). **Pós-modernidade e conhecimento:** educação, sociedade, ambiente e comportamento humano. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.

LEÃO Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.) **Globalização e direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LECOURT, Dominique. **Humano pós-humano:** a técnica e a vida. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

LÓPEZ Sánchez, Roberto. **Nuevos paradigmas para el siglo XXI.** Disponível em: <http://www.csielo.org.ve/scielo.php?pid=S1012-15872003000200006&script=sci_arttex&tlng=es>. Acesso em: 15 jun. 2006.

LYON, David. **Pós-modernidade.** 2.ed. São Paulo: Paulus, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** 3.ed. Lisboa: Gradiva, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal.** São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a pós-modernidade:** o lugar faz o elo. Rio de Janeiro: Atlântida, 2004.

MAGALHÃES, Fernando. **Tempos pós-modernos:** a globalização e as sociedades pós-industriais. São Paulo: Cortez, 2004.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos paradigmas do direito civil.** Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A rebelião da prática contra o processo civil. In: _____. **Técnica processual e tutela de direitos.** São Paulo: RT, 2004.

MATTEUCCI, Nicola. Diritti dell uomo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dizionario di política.** Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinese – UTET, 1986.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Processo civil e Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais,** Belo Horizonte, n.3, p.238-239, jan.-jun. 2004.

MEROI, Andréa A. **Procesos colectivos. recepción y problemas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

MÉSZARO, István. **O poder da ideologia.** São Paulo: Boitempo editorial, 2004.

MIÑON, Miguel Herrero De. Patriotismo constitucional o constitucionalismo útil? In: _____. **El Valor de la Constitución.** Barcelona: Editorial Crítica, 2003, p.394-420.

MIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. **Os tempos hipermodernos.** São Paulo: Barcarolla, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho**. 2.ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

MONTEIRO, Maurício Gentil. **O direito de resistência na ordem jurídica constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NAVARRO, Andreya Mendes De Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder:** ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **O trabalho de dioniso:** para a crítica do estado pós-moderno, Juiz de Fora: Editora UFJF – Pazulin, 2004.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de e outros. **Pós-modernidade.** 5.ed. São Paulo: Editora da UNICAMP, 1995.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Paradigmas Bioéticos:** relações com os grandes paradigmas de Direito Constitucional. Disponível em: <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=1840>. Acesso em: 17 fev. 2006.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal.** São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001.

PAULANI, Leda. **Modernidade e discurso econômico.** São Paulo: Boitempo, 2005.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PECORARO, Rossano. **Niilismo e (pós)modernidade:** introdução ao 'pensamento fraco' de Gianni Vattimo. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

PELIZZOLI, M. L. **A emergência do paradigma ecológico:** reflexões ético-filosóficas para o século XXI. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

PÉREZ RANSANZ, Ana Rosa. **Kuhn y el cambio científico.** México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família:** um itinerário de compreensão. Bauru: EDUSC, 2003.

PINTO, Ferreira Luiz. **Princípios gerais do direito constitucional moderno.** 5.ed. São Paulo: RT, 1971. v.2.

PORTOCARRERO, Vera (Org.). **Filosofia, história e sociologia das ciências:** abordagens contemporâneas. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1994.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RAPCHAN, Eliane Sebeika. Relativismo epistêmico, relativismo antropológico: reflexões sobre a produção do pensamento no âmbito das contribuições da antropologia. **Acta Scientiarum,** Maringá, v. 24, n.1, p.261-270, 2002.

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

RIBEIRO, Djanira Maria Radamés de Sá. **Teoria geral do direito processual civil:** a lide e sua resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no estado constitucional democrático:** por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROMANO, Roberto. **A crise dos paradigmas e a emergência da reflexão ética, hoje.** Disponível em: <http://www.csielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0101-73301998000400003> Acesso em: 13 jun. 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material.** Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSA, Luiz Pinguelli. **Tecnociências e humanidades:** novos paradigmas, velhas questões: o determinismo na visão de mundo moderna. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v.1.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo.** 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade:** ensaios. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SABATER, José Asensi. **Constitucionalismo y derecho constitucional:** materiales para una introducción. Valencia: Tirant lo Blanch Livros, 1996.

SANCHIS, Luis Pietro. El sistema de protección de los derechos fundamentais: el artículo 53 de la constitución española. **Anuario de Derechos Humanos,** Madrid, n.2, p.369-370, 1983.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente:** um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

_____. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência para um novo senso comum, a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Porto: Edições Afrontamento, 1989.

_____. **Para uma concepção pós-moderna do direito**: A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno.** São Paulo: Brasiliense, 2000.

SCHRAMM, Fermin Roland; LANG, Miguel Kottow. Bioética y biotecnologia: lo humano entre dos paradigmas. **Acta Bioethica**, ano 7, n.2, 2001.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado:** histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Franklin Leopoldo e. **Descartes:** a metafísica da modernidade. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos.** Porto Alegre: Verbo, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Processo e ideologia. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 28, n.110, p.18-36, abr.-jun. 2003.

SOUZA NETTO, José Laurindo De. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

SOUZA, Jessé. **Patologias da modernidade:** um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. **O Projeto da modernidade:** autonomia, secularização e novas perspectivas. Brasília: CES/JF, 2005.

SOUZA, Nelson Mello e. **Modernidade.** Campinas: Editora UNICAMP, 1999.

STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência civil e direito político de resistência**. Campinas: Edicamp, 2003.

TEIXEIRA, Evilázio Borges. **Aventura pós-moderna e sua sombra.** São Paulo: Paulus, 2005.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

TOFFLER, Alvin y Heidi. **La creación de una nueva civilización:** la política de la tercera ola. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 1995.

TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.

TRINDADE, Diamantino Fernandes. **O ponto de mutação no ensino das ciências.** São Paulo: Madras, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo:** regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALLADOLID BUENO, Tomás. **Por una Justicia Postotalitaria.** Buenos Aires: Anthropos, 2005.

VALLE, Gabriel. **Modernidade e direito.** Porto Alegre: Síntese, 2001.

VARGAS, José Cirilo. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

VATTIMO, Gianni (Comp.). **La secularización de la filosofia. Hermenêutica y posmodernidad.** Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.

_____. **O fim da modernidade:** Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil:** do antigo ao novo código. Porto: Almedina, 1998.

VÁZQUEZ ALONSO, Angel et al. **Cuatro paradigmas básicos sobre la naturaleza de la ciência.** Disponível em: <http://www.campus-oei.org/salactsi/acevedo20.htm> Acesso em: 13 jun. 2006.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **El sentimiento constitucional:** aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985

VÉSCOVI, Enrique. **Teoría general del proceso.** Bogotá: Editorial Temis, 1984.

VIEIRA, Eurípedes Falcão; VIEIRA, Marcelo Milano Falcão. **A dialética da pós-modernidade:** a sociedade em transformação. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. **Afeganistão:** um século de conflitos. 2.ed. Porto Alegre: Editora Leitura XXI, 2002.

WERLANG, Sérgio Ribeiro da Costa. **A descoberta da liberdade.** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mádson Ottoni Almeida Rodrigues[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A relevância dos direitos fundamentais; 2.1. Valoração dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante; 2.2. Os direitos fundamentais e a legitimação do Estado Constitucional; 3. Direitos de liberdade e direitos sociais; 3.1 Dimensões dos direitos fundamentais; 3.2. A preponderância dos direitos de liberdade em relação aos direitos sociais; 4. A atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais; 4.1. As duas faces da moeda; 4.2. Nova hermenêutica jurisdicional dos direitos fundamentais sociais; 5. Conclusões; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo representa a contribuição que prestamos ao "I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides", realizado pela FARN – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, ocorrido em Natal, no período de 28 a 30 de agosto de 2008.

Registramos, desde logo, nossa alegria e satisfação por havermos participado como um dos painelistas do referido evento, cuja significação maior reside na homenagem que foi dedicada ao professor Paulo Bonavides, insigne constitucionalista e democrata brasileiro.

O professor Paulo Bonavides, que ao longo de seus mais de 80 anos de vida, em grande maioria dedicados ao estudo e à cátedra do Direito Constitucional, obteve reconhecimento internacional do seu trabalho, representa um símbolo que nos orgulha imensamente, nós que somos seus conterrâneos nordestinos. A oportunidade de estudar por alguns dos seus livros e poder contar com sua presença atenta na primeira fila do auditório, quando de minha locução no Congresso, foi um privilégio que jamais esquecerei e carregarei comigo para todo o sempre.

Adentrando na apresentação do tema deste artigo, afirmamos de início que os direitos fundamentais possuem a mesma essência dos chamados direitos do homem e direitos humanos. A diferença entre tais denominações reside no fato de os direitos fundamentais serem direitos reconhecidos no âmbito constitucional de determinado Estado, ou seja, são direitos que encontram uma

---

1 Juiz de Direito em Natal/RN. Presidente da AMARN - Associação dos Magistrados do RN. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN e da Escola Superior da Magistratura no Rio Grande do Norte.

positivação interna em determinado sistema jurídico estatal. Já os direitos do homem possuem um sentido de direitos naturais, não positivados; ao passo que os direitos humanos, apesar de igualmente positivados, possuem um reconhecimento no âmbito do direito internacional.[2]

Assim, os direitos fundamentais (ou direitos do homem ou direitos humanos) devem ser entendidos como aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar aos indivíduos uma existência digna, livre e igual.

Diante do caráter humanitário que possuem os direitos fundamentais, é irrecusável a idéia de inserir nesse contexto a concretização dos direitos sociais, que são condições indispensáveis à vida e à dignidade das pessoas como um todo.

Para tanto, o presente artigo propugna pela concretização dos direitos fundamentais a partir da atuação do Poder Judiciário, tendo como foco central o **sobre-princípio** da dignidade da pessoa humana, capaz de propiciar o alargamento da responsabilidade social e política, visando ao resgate da cidadania.

Nossa empreitada começa procurando demonstrar a relevância dos direitos fundamentais, que serão identificados no trabalho como valores dotados de eficácia irradiante e como pressuposto de legitimação do Estado constitucional democrático. Os direitos fundamentais são critérios morais que devem orientar a conduta da sociedade e a tomada das decisões políticas do Estado.

Na sequência, abordaremos mais particularmente os direitos de liberdade e os direitos sociais, começando pela exposição das quatro dimensões dos direitos fundamentais, com o desiderato último de demonstrar a preponderância que os direitos de liberdade continuam a possuir em relação aos direitos sociais.

No tópico final do artigo, cuidaremos da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais, onde exporemos as duas faces de uma mesma moeda, ou seja, a maneira diferenciada da atuação jurisdicional no trato dos direitos fundamentais de liberdade e sociais. Ainda apresentaremos nesse tópico um balizamento que entendemos possa conduzir a atuação jurisdicional à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais. Em conclusão, faremos um arremate das idéias centrais desenvolvidas ao longo do texto.

---

2 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

2 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 VALORAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA IRRADIANTE

Numa perspectiva objetiva, podemos dizer que os direitos fundamentais são dotados de valores que iluminam a ordem jurídica como um todo, lançando suas luzes sobre a conduta individual dos cidadãos e sobre a atuação dos órgãos do Estado no desempenho das funções executiva, legislativa e judiciária. Os direitos fundamentais não podem ser pensados somente do ponto de vista dos indivíduos enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares (perspectiva subjetiva), mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins.[3]

Os direitos fundamentais são valores de caráter geral na medida em que representam critérios morais balizadores da conduta humana. Quando se utiliza o termo critério em referência aos direitos fundamentais, o que se aponta é a idéia de que estes constituem pautas gerais para a conduta e para a decisão.[4]

Atente-se que os direitos fundamentais como critérios morais ultrapassam o plano da individualidade, ainda que a moral encontre no individuo sua verdadeira sede. A questão que aqui se coloca ultrapassa as fronteiras do pensamento e da intenção do individuo, indo se alojar na vida da sociedade, como pautas de deliberação a serem observadas quando da tomada de decisões políticas e jurídicas.

Esse sentido de valores transcendentais ao indivíduo pode ser bem compreendido ao nos colocarmos diante de pretensões egoístas ou caprichosas. Quando apregoamos ter direito a algo, nossa pretensão somente se justifica quando coerente com o sistema de valores morais existentes na sociedade. Por exemplo, o privilégio discriminatório que se confere a alguém é pernicioso na medida em que afronta o direito fundamental da igualdade de tratamento entre as pessoas, e assim por diante.

Como dito anteriormente, os direitos fundamentais, concebidos como valores ou critérios morais, balizam as condutas dos indivíduos e a tomada de decisões políticas e jurídicas no âmbito da sociedade. Consoante adverte Robles, "toda sociedade precisa de um núcleo de valores sobre o qual assentar a convivência. Se não existe a crença coletiva em um mínimo de valores constitutivos do grupo, este se desintegra. Os valores são a verdadeira seiva dos grupos sociais".[5] É essa a essência dos direitos fundamentais.

---

3 Cf. SARLET, 2007, p. 389.

4 Cf. ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 11.

5 ROBLES, 2005, p.14.

Destacar o sentido valorativo dos direitos fundamentais é dizer da eficácia irradiante que os mesmos possuem. Eficácia irradiante, advirta-se, não possui o mesmo significado de eficácia imediata, esta última prevista no art. 5°, § 1° de nossa Constituição Federal.

Eficácia irradiante significa o mesmo que eficácia vinculante, o que implica registrar que tanto os poderes públicos quanto os particulares estão vinculados ao reconhecimento dos direitos fundamentais. Essa força, que se manifesta no âmbito da perspectiva objetiva, fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação da totalidade das normas, conforme os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Para a doutrina (sem negar a existência de dissenso terminológico)[6], quando essa eficácia vincula o legislador, o administrador e o juiz, fala-se em eficácia vertical; quando vincula as relações somente entre particulares, denomina-se eficácia privada ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em termos de eficácia irradiante no plano vertical, a amplitude da vinculação do poder público se estende a todos os órgãos e funções do Estado, razão pela qual, segundo Sarlet, citando Canotilho, inexiste ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais, sendo possível falar numa dupla significação da eficácia vinculante desses direitos: "se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são".[7]

Ainda no plano vertical de eficácia dos direitos fundamentais, focando cada um dos poderes do Estado de *per si*, identificamos a vinculação do Poder Legislativo num duplo sentido, negativo e positivo. Negativo (ou proibitivo), na medida em que o Poder Legislativo está proibido de editar atos que venham a contrariar os direitos fundamentais; positivo, no sentido da vinculação do legislador a um dever de conformação com esses direitos, que são informadores de toda a ordem jurídica.[8] Sarlet destaca ainda o problema da inconstitucionalidade por omissão, "decorrente de uma inércia (total ou parcial) do legislador em face de uma imposição mais ou menos concreta (finalidade ou programa) contido nas normas de direitos fundamentais, ressaltando-se uma graduação da eficácia vinculativa de acordo com a densidade normativa e grau de concretude destas normas".[9]

---

6 Cf. SARLET, 2007, p.399-200.

7 Ibid., p.389.

8 Ibid, p. 391

9 Ibid, p.391-392.

A eficácia vertical também se aplica ao Poder Executivo e aos órgãos administrativos em geral, assim como às pessoas jurídicas de direito privado que dispõem de atribuições de natureza pública e às de direito público em atuação na esfera privada.[10] Nessa seara, o que vai importar para a constitucionalidade dos atos da administração é que o Poder Executivo interprete e execute as leis em conformidade com os direitos fundamentais, especialmente quando se tratar de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.[11] A inobservância aos direitos fundamentais poderá resultar na invalidade do ato administrativo pela via judicial.

Ao Poder Judiciário igualmente se estende a eficácia vertical irradiante dos direitos fundamentais. A exemplo do que ocorre com o Poder Legislativo, a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais pode se dar numa dimensão negativa e positiva. Ocorre na dimensão negativa quando os tribunais definem para si próprios e para os demais órgãos do Estado o conteúdo e o sentido adequado da compreensão dos direitos fundamentais. A dimensão negativa é, por assim dizer, o plano da interpretação das leis conforme a Constituição. A dimensão positiva, por seu turno, segundo Jorge Miranda, verifica-se no sentido da obrigação do Poder Judiciário de, através da aplicação, interpretação e integração, conferir às normas de direito fundamental a máxima eficácia possível no âmbito do ordenamento jurídico.[12] É imperioso destacar também que as decisões dos tribunais devem vincular seus conteúdos aos direitos fundamentais, além do dever de preencher eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico à luz desses direitos. Em caso de inobservância desse dever, os próprios atos judiciais poderão ser submetidos ao controle judicial de constitucionalidade, o que ocorre em nosso sistema, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

Urge ainda abordar, em linhas gerais, a eficácia irradiante horizontal ou privada dos direitos fundamentais, entendida como aquela que se aplica às relações entre particulares. Aqui, a preocupação envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais se justifica em face da desigualdade que atualmente existe no âmbito das relações privadas, semelhante ao que ocorre na relação entre o poder público e o particular. É que não raras vezes a esfera de liberdade individual se encontra ameaçada não pelo poder público, mas pela relação desigual entre o cidadão comum e aqueles que são detentores do poder social e econômico. Assim, cumpre

10 Ibid., p.393.

11 Ibid., p.394.

12 I SARLET, 2007, p. 397.

ao Estado não somente respeitar e promover os direitos fundamentais, mas também protegê-los dos atos atentatórios de natureza privada.

Nesse contexto, duas doutrinas controvertem a respeito da forma como ocorre a vinculação dos particulares às normas de direito fundamental. Uma primeira corrente apregoa a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, ou seja, os preceitos constitucionais somente se afirmariam, em relação aos particulares, segundo as linhas básicas - princípios e normas - do direito privado. Assim, se existe uma norma individual (um contrato, por exemplo) disciplinando determinada relação privada, os direitos fundamentais teriam que se adaptar e harmonizar-se à autonomia privada da vontade, também constitucionalmente reconhecida. Uma segunda corrente, todavia, defende a eficácia direta e imediata das normas de direito fundamental, entendendo que as mesmas, em qualquer circunstância, gozam de supremacia em relação aos negócios privados, o que afasta a idéia dos direitos fundamentais tomados somente como regras de interpretação.

Fixado o antagonismo das duas posições anteriores, a solução mais razoável há de ser buscada na conformidade do caso concreto. Assim, se o caso aponta para uma induvidosa relação desigual de poder, com evidente comprometimento da liberdade de um dos contratantes, a vinculação do negócio aos ditames dos direitos fundamentais ocorrerá de modo mais intenso e invasivo. Do contrário, quando se tratar de uma relação privada mais igualitária, a solução para o conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia deverá nortear-se, como defende Sarlet, "pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um".[13]

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEGITIMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, uma vez que desempenham o papel de elemento operativo-constitutivo desse mesmo Estado:[14] operativo na medida em que definem os limites da ação legítima do Estado, sendo requisito de validação substancial do exercício do poder político; constitutivo no sentido de comporem a base e o fundamento da própria existência do Estado constitucional democrático.

---

13 Ibid, p. 408.

14 Cf. LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.163.

Como magistralmente explica Pérez Luño (apud SARLET, 2007, p.71):

> Existe um estreito nexo de interdependência genérico e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Resta claro, portanto, que a positivação dos direitos fundamentais na Constituição é fator de legitimidade formal e material da ordem jurídica, posto que configuram um sistema de valores que condicionam a validade das normas produzidas pelo Estado, numa autêntica "reserva de justiça", nas palavras de Canotilho.[15]

Mencione-se ainda a imprescindibilidade dos direitos fundamentais para a formatação e garantia do regime democrático. A partir do reconhecimento do direito de igualdade perante a lei, de liberdade real e de participação nas decisões políticas do Estado, a ordem democrática se constitui e se estabiliza, assegurando o funcionamento pleno de suas instituições.

Também não há como deixar de registrar a íntima relação dos direitos fundamentais com a manutenção do Estado social. Partindo dos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o Estado social se materializa e permite o exercício da igualdade de oportunidade entre os cidadãos, elemento indispensável a um Estado democrático de direito que de fato mereça ostentar essa denominação.

3 DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS

3.1 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a derrocada do Estado absolutista e a ascensão do Estado liberal, a partir do final do século XVIII, os direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade buscaram afirmação no âmbito dos sistemas jurídicos ocidentais.

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade – representados pelo direito à vida, direito à liberdade, direito à propriedade e direito à igualdade, perante a lei – simbolizaram a marca registrada da nova concepção de Estado que se formava naquela oportunidade, cuja finalidade última consistia na

15 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.115.

manutenção do espírito revolucionário francês de 1789, calcado nos cânones da liberdade, igualdade e fraternidade.

Na época de afirmação do Estado liberal, o princípio da legalidade representava a garantia da contenção do poder do Estado, que encontrava na lei o balizamento de suas ações. A observância restrita à lei representava a base de proteção do cidadão contra as investidas do Estado, ainda saudoso do poder ilimitado que marcara o absolutismo recém extinto. Diante da necessidade de proteger os direitos individuais de liberdade, o constitucionalismo ocidental cuidou de armar o cidadão com instrumentos de defesa perante o Estado, impondo a este uma conduta negativa no tocante a asseguração dos direitos de liberdade, que tanto são maiores quanto menor a intromissão estatal. Nesse diapasão, os direitos de liberdade do individuo frente ao Estado encontram proteção atual nos denominados *writs* constitucionais, a exemplo do *habeas-corpus*, *habeas data* e mandado de segurança.

Depois da Segunda Grande Guerra Mundial, ganharam relevância os direitos de segunda geração: direitos sociais, culturais e econômicos. À igualdade perante a lei, incluída no rol dos direito de liberdade, somou-se a busca da igualdade de oportunidade real entre as pessoas, retratada na preocupação de assegurar a todos os indivíduos, indistintamente, condições favoráveis de sobrevivência e autonomia.

Falar em condições favoráveis de sobrevivência é dizer do direito de todo individuo a um mínimo existencial, representado pelo acesso à alimentação nutritiva e à água potável, habitação adequada, ambiente físico saudável, assistência à saúde, segurança, educação apropriada e oportunidades no mercado de trabalho. Esses constituem fatores indispensáveis para se atingir a dignidade humana, figurando como prioridade número um do Estado social de direito.

Os fatores antes destacados são também pressupostos à autonomia do ser humano, ou seja, o indivíduo somente poderá ter aspirações em sua vida e projetos para o futuro se satisfeitas as condições existenciais mínimas de sobrevivência. Se tais condições não forem criadas pelo Estado, o indivíduo jamais poderá buscar sua afirmação em sociedade, não passando de utopia o preceito da igualdade.

Os direitos de terceira dimensão são os direitos de fraternidade ou de solidariedade, cujo conteúdo, de natureza coletiva, confere titularidade tanto aos Estados quanto aos indivíduos, a saber: direito à paz, direito ao meio ambiente sadio, direito à preservação do patrimônio da humanidade, direito de comunicação e direito ao desenvolvimento.

Por fim, a doutrina constitucional se debate a respeito da existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Alguns doutrinadores classificam como direitos fundamentais de quarta geração aqueles relacionados com a manipulação genética, a mudança de sexo, etc. Ocorre que, enxergados sob tal aspecto, esses direitos se apresentam como derivação dos direitos de liberdade vestidos com uma roupagem nova[16], não comportando a categorização de uma nova dimensão. Paulo Bonavides, porém, com sua peculiar perspicácia e visão inovadora, classifica como direitos de quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, correspondendo estes à derradeira fase de evolução do Estado social, destinados a tornar objetivos os direitos das dimensões anteriores.[17] Para Bonavides, "os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política".[18]

3.2 A PREPONDERÂNCIA DOS DIREITOS DE LIBERDADE EM RELAÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

Não temos dúvida em afirmar que a conquista da liberdade deixou marcas indeléveis no pensamento jurídico moderno, o qual se volta, prioritária e quase que exclusivamente, para o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão ou direitos fundamentais de liberdade. Tal postura talvez possa ser explicada, ainda que não justificada, pela necessidade da vigilância constante que se deve ter a fim de evitar um retorno ao absolutismo. Como o estágio atual de liberdade somente foi conquistado a duras penas, os direitos fundamentais de primeira dimensão são sempre colocados em um plano superior de proteção e concretização. Exemplo disso é encontrado no elevado grau de garantia e segurança estampado no art. 60, § 4°, inciso I, de nossa Constituição Federal, que preconiza não ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os *direitos e garantias individuais.*

A propósito da previsão constitucional antes referida, boa parte da doutrina, ainda aferrada a uma interpretação literal da Constituição, entende que a imutabilidade por meio de emenda constitucional somente se restringe aos direitos e garantias individuais em sentido estrito, portanto estariam excluídos desse rol os direitos sociais (CF, arts. 6° a 11), os direitos de nacionalidade (CF, arts. 12 e 13) e os direitos políticos (CF, arts. 14 a 17), não considerados direitos e garantias individuais.

---

16 SARLET, 2007, p. 61.

17 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 20.ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p.571.

18 Ibid.

Ocorre que a interpretação restritiva dos direitos e garantias individuais somente contribui para reforçar a desigualdade de tratamento que se tem dispensado às categorias dos direitos fundamentais, cuja prioridade de proteção e concretização se tem voltado quase que exclusivamente para os direitos de liberdade, como foi dito.

É de se ressaltar, porém, que a pedra angular de todos os direitos fundamentais reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de alicerce para os direitos de liberdade, sociais, de nacionalidade e direitos políticos. Dessa forma, é impensável imaginar que o princípio da dignidade da pessoa humana valha menos que a separação dos Poderes da República, por exemplo, que também se acha contemplada no rol da imutabilidade através de emenda constitucional (CF, art. 60, § 4°, III).

Assim sendo, o que se deve ter claro é que os direitos sociais, de nacionalidade e políticos são na verdade direitos de titularidade individual, ainda que de expressão coletiva.[19] É óbvio que isso não implica dizer que toda a Constituição seja imutável, transformando todo o seu texto em *cláusulas pétreas.* Todavia, o que na realidade se defende é uma exegese sistemática das normas constitucionais, com a preocupação primeira de preservação dos elementos essenciais da Carta, notadamente a dignidade da pessoa humana, prevista com todas as letras como princípio fundamental da Republica Federativa do Brasil, *ex vi* do art. 1°, inciso III, de nossa Constituição.

Na linha dessa exposição, o que se busca destacar é o aspecto do direito subjetivo material se encontrar vinculado aos direitos de liberdade, sempre reivindicados, priorizados e defendidos com eficiência, o mesmo não ocorrendo quando se trata dos direitos fundamentais sociais prestacionais, especialmente.

A valorização dos direitos de liberdade se encontra tão difundida que qualquer cidadão, razoavelmente esclarecido, sabe identificar quais são os seus direitos individuais e quais os principais instrumentos constitucionais postos à sua disposição para defendê-los. O *habeas corpus* e o mandado de segurança, por exemplo, ganharam muita notoriedade no seio da população, não sendo raro encontrar alguém, mesmo leigo, dizendo conhecer a existência destes instrumentos para a defesa de direitos de liberdade ameaçados ou violados.

Não é difícil explicar a maior difusão e proteção dos direitos fundamentais de liberdade em relação aos direitos sociais. É que os direitos de liberdade se identificam mais estreitamente com o Estado democrático de direito, sendo inimaginável admitir a existência deste sem o resguardo absoluto daqueles

19 Cf. SARLET, 2007, p.433.

direitos. A liberdade de ir e vir, o sigilo das correspondências, a inviolabilidade do domicílio, a igualdade perante a lei, a liberdade para o exercício de qualquer profissão, o direito à livre manifestação do pensamento, a liberdade de credo religioso, etc., representam a confirmação mesma da existência de um Estado democrático de direito, como ocorre com o Brasil de hoje.

Por outro lado, como os direitos de liberdade exigem do Estado uma atuação de natureza negativa, ou uma obrigação de abstenção no tocante ao resguardo da esfera individual do cidadão, a concretização desses direitos se mostra mais facilmente realizável, bastando ao Estado controlar a força dos seus tentáculos para não malferi-los.

Já os direitos sociais prestacionais exigem muito mais no tocante a atuação do Estado. A concretização desses direitos exige quase sempre do Estado uma atuação positiva, um fazer que repercuta no plano da vida social. São ações no campo da saúde, da educação, da segurança, da moradia, do trabalho, da seguridade, da infraestrutura, do lazer, visando a propiciar melhores condições de vida para as pessoas. Tais ações, portanto, demandam enormes custos financeiros para o Estado, o que dificulta sobremaneira a efetivação desses direitos.

Como a limitação orçamentária do Estado realmente existe e se coloca na contramão das necessidades sociais crescentes a cada dia, mostrando-se incapaz de satisfazê-las, a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição ganhou ares de uma verdadeira utopia, capaz de arrefecer a força de reivindicação que deveria brotar do indivíduo ou das entidades representativas da sociedade civil. O raciocínio do cidadão é simples e parte de uma lógica perversa: como o Estado não possui recursos financeiros para concretizar os direitos fundamentais sociais, de nada adianta reivindicá-los.

O pior é constatar que a descrença do cidadão encontra reforço na posição passiva de alguns juristas e aplicadores do direito. Para uma parte da doutrina, as normas constitucionais, enunciadoras dos direitos fundamentais sociais, encontram-se sob o manto da chamada *esfera programática* da Constituição, ou seja, boa parte desses direitos somente alcança sua efetividade nos termos e na medida da lei.[20] É justamente esse argumento que serve para embasar a tese da não aplicabilidade do art. 5°, § 1°, da Constituição Federal, aos direitos que dependam de uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.[21]

---

20 Cf., SARLET, 2007, p.276.

21 Ibid., p.277.

Não se pode negar a existência de normas constitucionais que dependem mesmo da intervenção do legislador infraconstitucional para sua eficácia, como é o caso da que prevê a participação dos trabalhadores nos lucros (ou resultados) da empresa[22] (CF, art. 7°, XI). Porém, é preciso ter em mente que nossa Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que leva à interpretação do art. 5º, § 1º como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, ou seja, nas palavras de Sarlet (2007, p. 285),

> cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada.

4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

4.1 AS DUAS FACES DA MOEDA

Para ilustrar a diferença de tratamento dispensada pelo Estado aos direitos fundamentais de liberdade e aos direitos sociais, no tocante a sua concretização, partiremos de uma situação construída no exemplo de uma ação de reintegração de posse.[23] Imaginemos o ajuizamento de uma demanda destinada à obtenção da reintegração de posse de uma área particular ocupada por barracos. Configurados os requisitos previstos em lei, o proprietário do imóvel certamente obterá uma decisão favorável à retirada dos indesejáveis ocupantes, para o que certamente será mobilizado todo o aparato do Estado, visando ao cumprimento da ordem judicial de desocupação. Ainda que o cumprimento do mandado de reintegração venha a ensejar elevados e imprevisíveis custos com a arregimentação das forças do Estado, como a mobilização das tropas e o material operacional, certamente a decisão será cumprida, garantindo-se a efetivação do direito fundamental de propriedade, previsto no art. 5°, XXII, da Constituição Federal.

Em um outro sentido, imaginemos uma decisão judicial ordenando ao Poder Público tomar providências, visando a por fim a situação indigna e desumana de habitação dos ocupantes de barracos situados numa área urbana, com amparo no direito fundamental de moradia, previsto no art. 6°, *caput*, da Constituição Federal.

---

22 Ibid., p.311.

23 Exemplo colhido e adaptado a partir de Esteves (2007, p.62-63).

Com certeza a decisão proferida no segundo caso encontrará inúmeros obstáculos para sua efetivação, quiçá será até reformada. Primeiramente, comparando as duas situações, os juristas de plantão argumentarão que o direito de propriedade é um direito individual, derivado do princípio da liberdade (liberdade de propriedade), portanto de eficácia imediata. Já o direito à moradia, por ser um direito social, é despido dessa mesma eficácia, necessitando de regulamentação infraconstitucional.[24] Ademais, alegar-se-á que a concretização do direito à moraria é questão que envolve elevados custos para o Poder Executivo, relacionada, portanto, à política administrativa, não sendo possível ao Poder Judiciário se imiscuir nessa seara, sob pena de afronta à separação dos poderes.

Como se pode observar, em que pese o direito à propriedade e o direito à moradia possuírem idêntica estatura constitucional, na prática ambos recebem tratamento diferenciado no âmbito de sua efetivação, inclusive, e o que é lamentável, pelo próprio Poder Judiciário.

A propósito, pinçando a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da temática da efetivação dos direitos fundamentais, encontramos uma dualidade de posição que merece ser destacada: o STF tem dado demonstração de uma atuação diferenciada na efetivação dos direitos sociais prestacionais, a depender da modalidade de controle de constitucionalidade exercido.

Quando se trata de situações envolvidas no controle difuso de constitucionalidade, o STF tem se mostrado eficiente na atuação em situações extremas, quando as condições mínimas de vida são colocadas em risco. Nesses casos, o STF tem assegurado a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana no plano individual, priorizando, pois, o direito subjetivo de liberdade. Exemplos dessa atuação podem ser encontrados nas decisões que determinam o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público a pessoas pobres- AI 468.961-3/2004, o qual conta com oito precedentes em Recursos Extraordinários.[25]

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a tendência do STF tem sido no sentido de não restringir os direitos fundamentais, todavia continua conferindo ao Poder Judiciário somente a posição de legislador negativo, ou seja, a posição de apenas interpretar a Constituição, mas sem adotar medidas que imponham aos demais poderes a obrigação de concretizar os direitos sociais fundamentais, em nome do respeito à separação dos poderes.

Em suma: quando o STF atua no controle difuso, analisando no caso concreto um determinado direito social prestacional, a decisão faz prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, impondo à administração um comando

---

24 Cf., ESTEVES, João Luiz M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Método, 2007. p.63.

25 Ibid, p.95.

pontual de concretização do direito fundamental inadimplido; já quando atua no controle concentrado, cuja lide reflete interesse geral da sociedade na concretização de um determinado direito social prestacional, a posição do STF tem sido no sentido de reconhecer a prevalência dos direitos fundamentais, porém a Suprema Corte se esquiva de atuar como legislador positivo, deixando de formular uma solução capaz de concretizar o direito social inadimplido de maneira geral, sob o pálio da preservação da separação dos poderes, que reserva ao Executivo a competência para a formulação de políticas públicas.

É preciso ter em conta, todavia, que o Poder Judiciário não pode se omitir diante da inobservância dos princípios constitucionais pelos demais poderes da República, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana. É corriqueiro no Brasil encontrar situações de total descompasso entre os princípios constitucionais e as prioridades eleitas por nossos administradores, o que repercute decisivamente na manutenção do atraso e no recrudescimento da desigualdade social, mantendo milhões de pessoas à margem da cidadania.

Para ilustrar o que aqui se afirma, no dia 28 de agosto de 2008, véspera de nossa participação no I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides, realizado em Natal/RN pela FARN – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, no período de 28 a 30 de agosto de 2008, o jornal JH PRIMEIRA EDIÇÃO publicou a seguinte manchete em sua primeira página: "Governo gastou em 2007 mais com publicidade do que com habitação". A reportagem, em resumo, apresentava o seguinte conteúdo:

> [...] em relação ao exercício anterior houve um aumento de 24,09% na despesa com publicidade governamental, correspondendo a um montante de R$ 18.217.429,92. Valério (Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do RN) diz que foi maior do que valores despendidos com áreas como habitação, comércio e serviços, desporto e lazer, ciência e tecnologia, energia, organização agrária e saneamento.

Ora, sem ignorar a importância da comunicação social para divulgar as ações governamentais, inclusive como forma de prestação de contas à sociedade, precisamos reconhecer que o caso acima descrito serve para exemplificar o que de resto acontece no Brasil inteiro, onde o Poder Público elege prioridades administrativas que não condizem com os princípios elencados na Constituição Federal. Será que, na realidade brasileira e do Estado do Rio Grande do Norte, a habitação e o saneamento não merecem receber mais recursos públicos do que a publicidade do governo? Será que a melhoria das condições de

habitação e saneamento não trariam mais benefícios à população do Estado do que a propaganda oficial? Será que destinar mais recursos à publicidade, em detrimento da habitação e do saneamento, não representa uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

Se todos os questionamentos anteriores comportam resposta afirmativa, é preciso ser repensado o papel do Poder Judiciário como guardião, intérprete e concretizador da Constituição Federal, do contrário continuaremos mantendo o enorme fosso que divide a Constituição-norma da Constituição-realidade.

4.2 NOVA HERMENÊUTICA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Não é tarefa fácil desenvolver uma interpretação capaz de alcançar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, apesar da variedade dos métodos interpretativos sugeridos pela doutrina. É certo dizer também que não existe um único método que se mostre ideal para uma interpretação eficiente. Normalmente se busca trabalhar com o conjunto dos métodos de interpretação existentes, conforme as particularidade do caso **sub examine.**

O que pretendemos neste tópico é apresentar algum roteiro ou balizamento que possa permitir uma atuação jurisdicional mais concretizadora dos direitos fundamentais sociais, cuja dificuldade de efetivação é grandemente superior à encontrada em relação aos direitos fundamentais de liberdade, os quais normalmente não exigem recursos públicos para sua efetivação ou, se os exigem, o fazem em proporções infinitamente menores.

Primeiramente, é dever do magistrado conceber os direitos fundamentais como valores identificados com o **sobre-princípio** da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade última é sua concretização e não apenas sua interpretação. Sem esse ponto de partida, de natureza ideológica, capaz de colocar a dignidade da pessoa humana acima de tudo, fica muito mais difícil a busca de uma solução concretizadora dos direitos fundamentais sociais.

Em segundo lugar, urge ter em mente que os direitos de liberdade e os direitos sociais se encontram no mesmo patamar da hierarquia constitucional, valendo para ambos o preceito da aplicabilidade imediata, previsto no art. 5°, § 1°, da Constituição Federal. Convém destacar que, mesmo na hipótese da exigência de regulamentação legislativa infraconstitucional, a compreensão do direito fundamental deve sempre apontar no sentido da maior efetividade possível.

Um terceiro e decisivo aspecto se refere à iniciativa de conceber os princípios constitucionais como normas de concretização de valores, ou seja, o trabalho interpretativo jamais poderá perder o foco dos princípios constitucionais, que são os veículos de normatização dos valores supremos. Assim, concretizar

um direito fundamental é interpretar a norma à luz dos princípios, com acréscimo e criatividade.

Outro ponto imprescindível para a concretização dos direitos fundamentais sociais é considerar sempre a garantia social como prioridade na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal. Com isso, diante das escolhas a serem feitas na utilização dos recursos públicos, cabe ao administrador, e também ao magistrado, na decisão de um caso concreto priorizar as ações sociais na contemplação do orçamento público, o que em grande medida favorecerá o alargamento da cidadania.

Por fim, como se tem conhecimento da flagrante limitação dos recursos públicos para o atendimento da demanda social inesgotável, cabe ao magistrado fazer a ponderação de interesses e o exame de elementos de necessidade e adequação por ocasião do ato decisório concretizador desses direitos fundamentais.

5 CONCLUSÕES

1) Os direitos fundamentais são dotados de valores que iluminam a ordem jurídica como um todo, lançando suas luzes sobre a conduta individual dos cidadãos e sobre a atuação dos órgãos do Estado, no desempenho das funções executiva, legislativa e judiciária;

2) Os direitos fundamentais, por força de sua eficácia irradiante, são legitimadores das decisões políticas do Estado;

3) As quatro dimensões dos direitos fundamentais, calcadas no espírito revolucionário francês, aludem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade, fraternidade (solidariedade) e, seguindo os ensinamentos de Paulo Bonavides, no direito à democracia, à informação e ao pluralismo;

4) Como o estágio atual de liberdade somente foi conquistado a duras penas, os direitos de primeira dimensão têm sido sempre colocados num plano superior de proteção e concretização em relação aos demais direitos fundamentais;

5) A pedra angular de todos os direitos fundamentais reside no *sobre-princípio* da dignidade da pessoa humana, que serve de alicerce para os direitos de liberdade, sociais, de nacionalidade e direitos políticos;

6) A concretização dos direitos fundamentais sociais apresenta maior dificuldade em razão de exigir do Estado uma atuação positiva, um fazer que repercuta no plano da vida social. São ações no campo da saúde, da educação, da segurança, da moradia, do trabalho, da seguridade, da infraestrutura, do lazer, visando a propiciar melhores condições de vida para as pessoas;

7) Como a limitação orçamentária do Estado realmente existe e se coloca na contramão das necessidades sociais crescentes a cada dia, a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição ganhou ares de uma verdadeira utopia;

8) Um dos obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais está na existência de normas constitucionais que dependem da intervenção do legislador infraconstitucional para sua eficácia, porém é preciso ter em mente que nossa Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que leva à interpretação do art. 5º, § 1º como um mandado de otimização dos direitos fundamentais;

9) Quando se trata de situações envolvidas no controle difuso de constitucionalidade, o STF tem se mostrado eficiente na atuação em situações extremas, quando as condições mínimas de vida são colocadas em risco. Nesses casos, o STF tem assegurado à preservação do princípio da dignidade da pessoa humana no plano individual. Já no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a tendência do STF tem sido no sentido de não restringir os direitos fundamentais, todavia continua conferindo ao Poder Judiciário somente a posição de legislador negativo;

10) O Poder Judiciário não pode se omitir diante da inobservância dos princípios constitucionais pelos demais poderes da República, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana;

11) A nova hermenêutica da jurisdição constitucional deve se pautar nas seguintes regras: (a) é dever do magistrado conceber os direitos fundamentais como valores identificados com o **sobre-princípio** da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade última é sua concretização e não apenas sua interpretação; (b) os direitos de liberdade e os direitos sociais se encontram no mesmo patamar da hierarquia constitucional, valendo para ambos o preceito da aplicabilidade imediata, previsto no art. 5°, § 1°, da Constituição Federal; (c) os princípios constitucionais devem ser concebidos como normas de concretização de valores; (d) a concretização dos direitos fundamentais sociais passa por considerar sempre a garantia social como prioridade na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal; (e) cabe ao magistrado fazer a ponderação de interesses e o exame de elementos de necessidade e adequação por ocasião do ato decisório concretizador desses direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Método, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO EFETIVA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Rodrigo da Cunha Lima Freire[1]

A *ação*, antes vista como um mero *aspecto do direito material*, depois como um **direito a uma sentença favorável**, para alguns, ou apenas como um *direito à jurisdição*, para outros, é hoje, no Estado Constitucional, tida como um DIREITO FUNDAMENTAL A UMA JURISDIÇÃO EFETIVA, em consonância com o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna. [2]

Mas o que se deve entender por tutela jurisdicional efetiva?

A efetividade da jurisdição se confunde com a celeridade processual, prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, ou está relacionada exclusivamente ao resultado do processo?

É impossível fechar os olhos ao gravíssimo problema da demora na prestação jurisdicional. Mas o angustiante tempo entre o exercício da ação e a satisfação do direito material não pode servir de pretexto para que os autos dos processos sejam lidos como manchetes de jornais.

A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO pressupõe: de um lado, equilíbrio entre CELERIDADE (ou duração razoável do processo – Inciso LXXVIII do art. 5º da CF) e SEGURANÇA JURÍDICA (preâmbulo e *caput* do art. 5º da CF) – como se sabe, toda justiça lenta é injusta, mas nem toda justiça rápida é justa –, e do outro, a MÁXIMA COINCIDÊNCIA, vale dizer, um resultado o mais próximo possível do direito material,[3] conforme conhecida fórmula de Chiovenda, para quem "Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire".[4]

---

1 Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos Cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da FMU/SP. Professor da Rede de Ensino LFG.

2 Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.185-189.

3 A respeito do postulado da máxima coincidência possível, *vide* Moreira (1989, p.215).

4 Segundo Proto Pisani (1999, p.54-55), "[...] se l'elaborazione ottocentesca e dei primi anni di questo secolo della categoria del diritto di azione come categoria generale atipica ha consentito di raccordare automaticamente e necessariamente diritto sostanziale (tutti i diritti sostanziali) e tutela giurisdizionale civile, e di superare quindi i limiti intinseci ad un sistema di tutela giurisdizionale che ancoca risentiva l'influenza della tipicità delle azioni del diritto romano classico, oggi la costituzionalizzazione del diritto di azione, avvenuta in contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell'eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritto sostanziale (singoli diritti sostanziali) e processo, studiando le tecniche attraverso le quali sia possibile consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale di strumento diretto a 'dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire' ai sensi del diritto sostanziale".

Mas como se pode obter a efetividade da jurisdição?

Nas últimas décadas o mundo vem experimentando notáveis transformações em função da aceleração dos mecanismos de difusão das informações, proporcionada, especialmente, pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica.

A facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, como o rádio, a televisão, os telefones e os computadores – especialmente com o advento de novas tecnologias como a internet, o satélite, a telefonia celular e a rede de fibra óptica mundial –, modificou – e vem modificando – substancialmente as relações sociais, econômicas e jurídicas, razão pela qual se pode dizer que a sociedade contemporânea é a da informação.

Novos direitos surgiram na era da informação, como também novas formas de violá-los, exigindo do juiz comprometido com a efetividade da jurisdição uma atuação mais ativa no processo.

Dessa forma, o juiz deve se libertar de esquemas processuais pré-moldados para, conforme o caso, encontrar e adaptar as técnicas processuais adequadas aos diferentes perfis dos direitos materiais.[5]

Nesse contexto, é importante destacar a relevância, para a efetividade, da adequada utilização judicial das técnicas processuais da ADMISSIBILIDADE – pressupostos processuais, condições da ação, pressupostos recursais, etc. – das TUTELAS JURISDICIONAIS – tutela antecipada, tutelas específicas de obrigação de fazer e de não fazer e de entrega de coisa, tutela monitória, etc. – e dos PROCEDIMENTOS – procedimento sumário, juizado especial cível, etc.

Alguns juízes, preocupados com o elevado número de processos – e, assim, com a impossibilidade de produzirem soluções plenamente tempestivas, seguras e materialmente eficazes – valem-se de uma interpretação deliberadamente estreita da técnica da admissibilidade para **exterminarem** processos ou procedimentos.

E o problema é ainda mais grave nos Tribunais. O que dizer de uma decisão judicial que não admite o agravo de instrumento por falta de peça considerada obrigatória ou necessária? Ou de uma decisão judicial que inadmite o recurso porque o mesmo foi interposto antes da abertura do prazo? Ou de uma decisão judicial que considera deserto o recurso quando a guia do preparo não foi preenchida corretamente? Ou ainda de uma Súmula de um Tribunal Superior que considera inexistente o recurso desacompanhado de procuração (Súmula 115 do STJ)?

---

5 Conforme Marinoni (2005, p.59), "a interpretação de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva outorga ao juiz a obrigação de identificar as necessidades do caso concreto e de descobrir a técnica processual idônea para lhe dar efetividade".

Ainda que o jurisdicionado não tivesse um direito fundamental a uma efetiva jurisdição, o próprio Código de Processo apresenta solução para todas essas questões, em seus artigos 154, 244, 284 e 515, § 4º.

Destaco o § 4º no art. 515 do CPC, cuja redação é a seguinte: "Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação".[6]

Embora previsto em capítulo destinado à apelação, tal dispositivo se aplica a todos os recursos – como o próprio *caput* do art. 515, que trata do efeito devolutivo – e cria um dever para juízes, desembargadores e ministros, a saber: o de permitir à parte o saneamento de quaisquer nulidades, cuja correção seja minimamente viável, antes de extinguir o processo ou de não admitir o recurso.

Penso que uma nulidade sanável é a falta do preparo.

Se o preparo tem natureza de taxa – portanto, interessa mais ao direito tributário que ao direito processual civil –, é dispensado para algumas pessoas (*v.g.*, a Fazenda Pública, o Ministério Público e o beneficiário de justiça gratuita) e não é exigido em alguns recursos (*v.g.*, o agravo retido e os embargos de declaração), onde está a sua indispensabilidade para o processo civil? Que grave crime estará cometendo o juiz ou o relator do recurso que, fundamentado no § 4º no art. 515 do CPC, conferir ao recorrente um prazo para efetuar o preparo, antes de julgar o recurso liminarmente deserto?[7]

Por sua vez, no que respeita às tutelas jurisdicionais, é importante destacar a importância das tutelas diferenciadas, como a tutela antecipada do art. 273 do CPC, a tutela específica de obrigação de fazer ou de não fazer, do art. 461 do CPC, e a tutela específica de entrega de coisa, do art. 461-A do CPC.[8]

A introdução no Código da tutela antecipada como medida destinada a todos os procedimentos – reservada a alguns procedimentos, como a ação de alimentos e as ações possessórias – ampliou o uso da técnica da sumarização da cognição, sem a qual, em muitas situações, era impossível ou significativamente difícil obter uma jurisdição plena.

Mas é preciso avançar.

O medo do novo exigiu um esforço interpretativo inútil para se concluir que a "prova inequívoca da verossimilhança", requisito para a concessão da tutela antecipada, é mais que um simples "*fumus boni juris*".

---

6 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006,** 2006. Disponível em: <http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/lei_11276.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2008.

7 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Ausência de preparo e o novo § 4º do art. 515 do CPC: "técnica a serviço da efetividade". **Revista de Processo,** São Paulo, ano 31, v. 137, p.87-95, jul. 2006. p.90-94.

8 Os artigos 273, 461 e 461-A apresentam "cláusulas gerais processuais".

Como não existe "prova inequívoca", muito menos "prova inequívoca da mera aparência (verossimilhança)", resta, como requisito necessário e insuficiente para a concessão da tutela antecipada, a "mera aparência (verossimilhança)" ou o velho "*fumus boni juris*".

E como falar em fungibilidade apenas para um dos lados – da tutela antecipada para a tutela cautelar –, e não para ambos os lados – da tutela antecipada para a tutela cautelar e desta para aquela – se a Constituição consagra o direito fundamental à jurisdição efetiva?

Aliás, demonstra a fungibilidade – entre as tutelas antecipada e cautelar – que nenhum impedimento existe: a) à cumulação dos pedidos cautelar e principal – sem a necessidade de se promover uma ação cautelar autônoma;[9] b) ao requerimento prévio de tutela antecipada – dispensando o requerente de atribuir a tal pedido o rótulo de tutela cautelar preparatória.[10]

Por outro lado, como bem defende William Santos Ferreira,

> [...] quando *a urgência for agônica*, deve o juiz (absolutamente incompetente!) *ex officio*, dotado justamente do *dever-poder geral de cautela* (art. 796 do CPC) com ascensão constitucional decorrente do disposto no inc. XXXV do art. 5º da CF ('a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'), se presentes os demais requisitos, deferir o pleito cautelar (o que também vale *mutatis mutandis* para a tutela antecipada!) e determinar a efetivação das medidas necessárias, para apenas posteriormente, depois de afastado o *periculum in mora*, encaminhar para o juízo competente [...]".[11]

Já as tutelas específicas dos artigos 461 e 461-A do CPC contribuíram para diminuir a importância de alguns mitos do direito processual – os princípios da inércia, da congruência e dispositivo –, pois o juiz pode agir de ofício, inclusive depois de publicada a sua sentença, para converter a tutela específica em resultado

---

9 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Três ordens de questões no processo cautelar: preliminares, prejudiciais e mérito no processo cautelar. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM. **Inovações sobre o direito processual civil:** tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003p. 405.

10 FERREIRA, William Santos. As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência: um enfrentamento positivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz. **Processo e constituição:** estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.636-638.

11 Ibid., p.634.

prático equivalente ou, conforme o caso, em perdas e danos, bem como para aplicar a medida adequada à execução da tutela específica ou do resultado prático equivalente – *v.*g., multa coercitiva, busca e apreensão, remoção de pessoas ou de coisas, restrição de direitos, bloqueio de valores – inclusive de contas públicas[12] -, moldando a técnica processual ao direito material.

Ainda quanto às tutelas jurisdicionais, é importante falar sobre o inciso I do art. 475-N do CPC, que substituiu o revogado inciso I do art. 584: é título executivo a sentença que reconheça a existência de uma obrigação – de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia –, e não apenas a sentença condenatória.

Com esse dispositivo, é possível extrair a máxima eficácia das sentenças. Assim, por exemplo, deve ser considerada como título executivo a sentença que declara o direito à compensação[13] ou, conforme a fundamentação adotada, a sentença de improcedência numa ação declaratória de inexistência de débito, ou ainda a sentença que rescindir um contrato de compra e venda – para o recebimento da coisa pelo vendedor.

Por fim, no que respeita aos procedimentos, tivemos sucessivas inovações legislativas respeitáveis, como os juizados especiais das Leis nº 9.099/1995 e 10.252/2001, os novos procedimentos executivos das Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006, e o procedimento eletrônico da Lei nº 11.419/2006.

Desses procedimentos e dos velhos procedimentos há tantos anos previstos no Código e na legislação extravagante, o juiz poderá extrair novas fórmulas que assegurem uma jurisdição efetiva, com exige o Estado Constitucional. Por exemplo, poderá estabelecer um diálogo entre as modalidades de execução para permitir que a execução de título extrajudicial seja proposta no foro que apresente bens sujeitos à expropriação[14] – regra hoje prevista expressamente para a execução de título judicial (cumprimento de sentença) – ou para admitir que a impugnação ao cumprimento da sentença seja apresentada independentemente da penhora[15] – regra hoje prevista expressamente para os embargos à execução de título extrajudicial –, ou ainda para aplicar as medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC – inicialmente destinadas ao cumprimento da tutela específica de obrigação de fazer ou de não fazer ou da entrega de coisa (por força do §3º do art. 461-A) – à execução, de título

12 Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o juiz pode determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamento pelo Poder Público: EREsp 770.969/RS, 1ª Seção, rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006, p. 224; EREsp 787.101/RS, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.8.2006, p. 258.

13 Assim já entendia o Superior Tribunal de Justiça: EREsp 609266/RS, 1ª Seção, rel. Min. Teori Zavascki, DJ 11.09.2006, p. 223.

14 Nesse sentido, verificar a obra de Bueno (2008, p.38).

15 Nesse sentido, verificar Neves (2006, p.228-229) e Barioni (2007, p.461-467).

judicial (cumprimento de sentença) ou de título extrajudicial, que tenha como objeto o recebimento de quantia.[16-17]

Todavia, para que as partes não sejam sempre tomadas de surpresa (SEGURANÇA JURÍDICA OU PREVISIBILIDADE DE CONDUTAS PROCESSUAIS – preâmbulo e caput do art. 5º da CF) e em respeito a outros princípios constitucionais, como o da MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (inciso IX do art. 93 da CF) e o do CONTRADITÓRIO (inciso LV do art. 5º da CF), a adequação da técnica processual ao perfil do direito material deve ser, na medida do possível, FUNDAMENTADA e previamente INFORMADA, não estando imune de reforma ou de anulação pela via recursal.[18]

Eis o preço que se paga pelo DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO EFETIVA. Módico, como se pode ver.

REFERÊNCIAS

BARIONI, Rodrigo. A desnecessidade de penhora para o oferecimento de impugnação. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). **Execução civil e cumprimento de sentença.** São Paulo: Método, 2007.

16 Há, conforme Guerra (2003, p.102-104), um "direito fundamental à tutela executiva", que assim pode ser resumido: "a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos, de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida ao outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, *mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei*, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos".

Portanto, conforme Guerra (2002, p.104), "[...] é lícito concluir que não apenas no âmbito das ações disciplinadas pelo art. 461 do CPC, *mas em qualquer caso de prestação de tutela executiva o juiz está autorizado, pela Constituição, a adotar os meios executivos que se revelarem necessários, ainda que não previstos em lei, para proporcionar uma integral prestação de tutela executiva.*"

17 Admitem a aplicação da multa coercitiva (astreintes) à tutela das obrigações de pagar quantia (GUERRA, 2002, p.150-157; MARINONI, 2004, p.621-628; BEDAQUE, 2006, p.539; MITIDIERO, 2007, p. 98-105).

18 Gajardoni (2008, p.88), entende que toda flexibilização de procedimento deve levar em conta a existência de um motivo (finalidade), a participação das partes (contraditório) e a exposição das razões (motivação). E Bedaque (2006, p.51) acrescenta que "as regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório, mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição axauriente".

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006,** 2006. Disponível em: <http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/lei_11276.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.

DIDIER JR., Fredie. ***Di*reito processual civil:** tutela jurisdicional individual e coletiva. 5.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. v.1.

FERREIRA, William Santos. As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência: um enfrentamento positivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz. **Processo e constituição:** estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Ausência de preparo e o novo § 4º do art. 515 do CPC: "técnica a serviço da efetividade". **Revista de Processo,** São Paulo, ano 31, v. 137, p.87-95, jul. 2006.

_____. **Condições da ação:** enfoque sobre o interesse de agir. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Três ordens de questões no processo cautelar: preliminares, prejudiciais e mérito no processo cautelar. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM. **Inovações sobre o direito processual civil:** tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil:** homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In:_____. **Processo civil e Estado constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentença e ordens judiciais. In: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1989. 4ª Série.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC:** Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil:** homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3.ed. Napoli: Jovene, 1999.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. O direito na sociedade da informação. **Revista do Curso de Direito do Unifmu,** São Paulo, v. 25, p.61-71, 2003.

A INFORMÁTICA JURÍDICA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: UMA VISITA AO TEMA DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA [1]

Ivan Lira de Carvalho[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. As relações sociais e a tecnologia; 3. O direito e a tecnologia; 4. A informática jurídica como boa ferramenta para a efetividade do direito; 5. Os atos processuais por videoconferência e o interrogatório *on-line*; 6. O perfil jurídico do interrogatório; 7. Em que consiste o interrogatório por videoconferência (ou *on-line*); 8. Vantagens do interrogatório *on-line*; 9. Críticas ao interrogatório *on-line*; 10. O Supremo Tribunal Federal e o interrogatório por videoconferência; 11. Conclusões; 12. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ciência de que os clássicos mecanismos de realização dos atos processuais estão em descompasso com a demanda por jurisdição, findou por inclinar os juristas ao encontro de profissionais da área técnica – especificamente da Informática – em busca de instrumentos que pudessem dinamizar a realização dos atos processuais.

Mesmo que sejam notórias as dificuldades iniciais desse encontro, especialmente pela vocação que tem a Informática para arranjar soluções rápidas, postas a serviço das mais díspares áreas da atuação humana e pela histórica opção do Direito pelo formalismo que entende por segurança, já se constata um razoável progresso nessa ligação em prol da celeridade processual e da razoável duração do processo, hoje uma exigência com assento na Constituição (art. 5º, inciso LXXVIII).

Uma das ferramentas da Informática (mais precisamente da Telemática) postas ao dispor do Judiciário é o chamado interrogatório criminal on-line, também denominado de interrogatório por videoconferência. Como qualquer inovação, esse instrumento tem sido posto em questionamento frente aos mais sublimes princípios constitucionais que regem o processo penal, de modo a não

---

1 Texto produzido como apoio à palestra homônima, proferida pelo autor no *I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO E PROCESSO CONSTITUCIONAL – O novo constitucionalismo na Era Pós-Positivista - Homenagem a Paulo Bonavides*, promoção da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte (FARN). Natal, 28 a 30 de agosto de 2008.

2 Doutor e Mestre em Direito pela UFPE. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte da Graduação e do Mestrado. Juiz Federal e Ex-Juiz de Direito.

ser utilizado sem que estejam preservadas as garantias basilares das pessoas que a ele serão submetidas.

O objetivo primaz deste trabalho não é outro senão o de alimentar a discussão a propósito da viabilidade do interrogatório por videoconferência, à luz das garantias constitucionais.

2 AS RELAÇÕES SOCIAIS E A TECNOLOGIA

O homem é um permanente protagonista de revoluções, advindas de transformações significativas nas suas regras de convivência, nos seus modelos de sobrevivência ou nas suas relações com o Estado ou com outras formas organizacionais. Um largo passeio pela linha da história vai encontrá-lo no período paleolítico com a sua forma de viver timbrada pelo nomadismo, assentando-se onde lhe favorecesse o alimento e o abrigo, despido de maiores ambições ou técnicas.

Mais adiante, já na era neolítica, registra-se que o ser humano afastou-se da floresta (de onde até então tirava alimentos e improvisava albergue corporal), adotando uma vida mais gregária e sedentária, deixando para trás o nomadismo. Passou então a racionalizar as energias humanas, unindo-as à tração animal e às técnicas rudimentares do trato da terra, provocando uma radical mudança de hábitos, de produção e de subsistência, deflagrando a Revolução Agrícola. Em termos de tempo, situa-se em torno de 6.000 a.C. e em relação ao lugar, na Grécia.

Um considerável passo na faixa histórica situa o homem protagonizando um novo movimento de enorme importância para a vida e para as relações da humanidade. No século dezoito, adveio a Revolução Industrial, contemporânea da máquina a vapor, engenho de Thomas Newcomen que retirou o homem do burgo ou da agropecuária primária para situá-lo em aglomerados urbanos, onde participou da produção coletiva de bens, em detrimento da vida campesina.

No século vinte, virando para o século vinte e um, operou-se a mais recente transformação nas relações sociais com o advento da chamada Revolução do Conhecimento (ou Revolução da Informação). Testemunhou-se a transição da sociedade produtora de bens materiais para a sociedade da partição do conhecimento. É o tempo do conhecimento como produto-chave da Era da Informação, tendo esta como fonte de valor, inclusive de conteúdo econômico.

3 O DIREITO E A TECNOLOGIA

Ciência social que é, o Direito não poderia ficar indene a todas essas transformações experimentadas pela sociedade. Ocorre que, em todas elas, demonstrou lentidão em relação ao avanço provocado ou protagonizado por

outras áreas. Obviamente não foi diferente na última e atual transformação, a Revolução do Conhecimento, já que esta é tangida basicamente pela tecnologia, mais precisamente pela Informática. E aí o distanciamento em termos de mobilidade se torna mais evidente, já que, como dito, o Direito é uma ciência social vocacionada a seguir (e não a anteceder) as ondulações da humanidade; já a Informática é uma ciência técnica e rápida.

Nada obstante esse descompasso, o certo é que o Direito a cada dia tenta ultrapassar a sua própria lerdice, no afã de ombrear-se aos mais significativos alcances da humanidade, inclusive, é óbvio, àqueles obtidos no mundo da tecnologia. Tanto é assim que um dos mais destacados braços da vivificação do Direito, que é o segmento estatal responsável pela jurisdição (entre nós, o Poder Judiciário), o qual geralmente se escuda no binômio "segurança e prudência" para justificar a maneira lenta das suas práticas, avançou de forma tão rápida na adoção dos mecanismos virtuais que atualmente os atrasos na prestação da tutela jurisdicional podem ser debitados quase exclusivamente aos ritos e aos atos processuais mais conservadores, "que ainda dão primazia à documentação escrita, num estranho pacto, erguendo solenes barreiras ao inescondível pragmatismo dos meios magnéticos atestadamente seguros" [3].

Afirmando que o serviço forense precisa ser documentado com o registro dos atos processuais para que deles se tenha conhecimento em homenagem ao princípio da publicidade e a eles se possa consultar o verdadeiro conteúdo, em nome da segurança, diz Walter Nunes da Silva Júnior[4] que nos dias atuais, "diante da alta tecnologia eletrônica, para fins de desburocratização e consequente simplificação e agilização do serviço forense, tem-se a imperiosa necessidade da informatização do serviço judicial".

Como todos os avanços tecnológicos, a Informática apresenta dividendos positivos e negativos. Em ambos os matizes existem pontos de afinidade e de conflito com o Direito. Na área de antagonismos, é possível o arrolamento dos cybercrimes, dos contratos inovadores (na forma e nos efeitos) e a superação interespacial das normas e dos princípios jurídicos.

Na seara das convergências entre o Direito e a Informática, podem ser destacados: o uso dos recursos computacionais para agilizar a atividade jurisdicional e para assegurar maior transparência nos trâmites processuais, além da segurança para as relações auxiliadas pela Informática (contratos, relações interpessoais com privacidade garantida, etc.).

---

3 CARVALHO, Ivan Lira de. A Internet e o acesso à Justiça. **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro, n.4, p.11-21, abr. 2000.

4 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Informatização do processo. **Justiça & Cidadania,** Rio de Janeiro, n.77, p.22-26, dez. 2006.

4 A INFORMÁTICA JURÍDICA COMO BOA FERRAMENTA À EFETIVIDADE DO DIREITO

A Informática pode ser conceituada como a ciência que visa ao tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento de dados. O termo deriva da expressão francesa *informatique*, neologismo atribuído a Philippe Dreyfus, em 1962, apanhado a partir do radical do verbo francês *informer* com adaptação analógica com outras ciências, a exemplo de *mathématique* e *électronique*, na língua gaulesa.

Já sobre o conúbio entre a Informática e o Direito, o que rendeu a expressão Informática Jurídica, tem-se esta conceituada como "o processamento e armazenamento eletrônico das informações jurídicas, com caráter complementar ao trabalho do operador jurídico", nas palavras de Omar Kaminiski[5], o qual no mesmo texto faz referência ao pioneirismo de Mario Losano[6] no estudo do entrelace entre a Informática e o Direito, visto que na sua obra "Lições de Informática Jurídica" cunhou o termo "juscibernética" (em italiano *giuscibernetica*), dividindo-a em quatro temas: a) o estudo da inter-relação entre normas jurídicas e atividade social; b) a concepção do direito como um sistema autorregulado; c) a aplicação da lógica e outras técnicas de formalização ao Direito; d) as técnicas para utilização do computador no setor jurídico. Desses dois últimos temas ocupa-se, ainda que parcialmente, o presente trabalho.

Realmente, não há como se obscurecer o vanguardismo de Mario Losano no trato da Informática aliada ao Direito. Um estudioso do perfil do mestre italiano, Wolfang Klian[7], destaca que já em 1969 ele começou a investigar no campo do que chamaria de "cibernética jurídica"[8], chegando à conclusão – que permanece válida – de que os problemas jurídicos são muito complexos e que a algoritmização seria uma simplificação da realidade jurídica. Na prática, inda segundo Losano, os procedimentos heurísticos de solução dos problemas da lógica dialética se diferenciam de forma significativa dos problemas da lógica formal.

A visão de Mario G. Losano sobre a aplicação da Informática à Administração Pública e ao Direito e, por consequência, à gestão judicial, pode

---

5 KAMINISKI, Omar. Informática jurídica, juscibernética e a arte de governar. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, n. 14, jun.-ago. 2002. Disponível em:: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-OMAR-KAMINSKI.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2008.

6 LOSANO, Mario G. **Lições de Informática Jurídica.** São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

7 KILIAN, Wolfgang. El jurista Mario G. Losano. In: LUCAS, Javier de; PECES-BARBA, Gregorio (Org.). **El Derecho em red:** estudios em homenage al profesor Mario G. Losano. Madrid: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", 2007. . p. 25-34.

8 É justamente nesse ano que é lançado LOSANO, Mario G. **Giuscibernetica:** Macchine e modelli cibernetici nel diritto. Torino: Einaudi, 1969. (Piccola Biblioteca Einaudi, 125).

ser aferida em estudo datado de 1974[9], com a abordagem da estrutura da Itália em relação a do Japão, prognosticando, também, que já no ano 2000 os computadores seriam tão comuns que se estaria diante de uma verdadeira "sociedade da informação", o que de fato acontece.

No sentido oposto, não desfrutava do mesmo entusiasmo Gianfranco Caridi[10], que entendia difícil uma aproximação entre as áreas mais clássicas do Direito com a emergente Informática, com especial destaque para a Filosofia do Direito, a Teoria Geral do Direito e a Sociologia Jurídica. De fato, mais rara será a utilização da Informática Jurídica nos sítios teóricos aqui apontados, como de resto tem uso mais reservado esse rol de disciplinas no campo prático do Direito, i. é, na vivificação do Direito através das práticas processuais e da prestação da jurisdição. Logo, tão distante estará a Informática Jurídica das alas teóricas do Direito, como distantes estas estarão do cotidiano forense. Ressalte-se que não se defende, aqui, um pragmatismo inculto da prática jurisdicional e cartorária, absolutamente divorciado das áreas teóricas e acadêmicas do Direito; registra-se, sim, que no dia-a-dia dos processos estas são manejadas de maneira mais discreta.

Em bom tempo se adverte que a Informática Jurídica não deve ser confundida com o Direito da Informática ou Direito Eletrônico. Este ramo novel do Direito é o conjunto de normas e princípios que rege as relações jurídicas que envolvem instrumentos ou bens da área da informática. Exemplos: proteção do software, contratos celebrados via Internet, mão de obra à distância prestada através da Internet, etc.

Não se pode olvidar que alguns riscos rodeiam o manejo da Informática Jurídica, o que implica no redobramento da atenção dos usuários. Os riscos da área técnica são encimados pela possibilidade de violação dos sistemas por "crackers" ou assemelhados, intencionados em burlar a segurança do Judiciário, geralmente com fins delituosos, mas também podendo ser por mero deleite maléfico ou ânimo anarquista.

Outro risco que também pode ocorrer com o maneio da Informática Jurídica pode residir exclusivamente no campo jurídico, originário da "empolgação" de profissionais, servidores ou autoridades do Poder Judiciário para com as novidades tecnológicas, esquecendo de compatibilizá-las com os princípios e garantias constitucionais.

---

9 LOSANO, Mario G. **Stato e automazione**. Milão: Etas Kompass, 1974. p.188.

10 CARIDI apud PEREIRA, Marcelo Cardoso. Breves considerações sobre Direito Informático e Informática Jurídica. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 5, n.51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2255>. Acesso em: 29 set. 2008.

Mas o certo é que, desde que utilizada com prudência e boa técnica, a Informática Jurídica se constitui em um excelente meio para a otimização dos serviços forenses, o que implica, *ultima ratio*, em uma eficaz e pronta prestação jurisdicional.

5 OS ATOS PROCESSUAIS POR VIDEOCONFERÊNCIA E O INTERROGATÓRIO *ON- LINE*

As distâncias do mundo real podem ser encurtadas com recursos computacionais. Se essa verdade é muito festejada em diversas atividades humanas, com destaque no mundo dos negócios, diferente não é a sua recepção no campo do Direito, especialmente no que diz respeito à prática de atos processuais. O protocolamento de petições por meio da Internet talvez seja o mais acendrado exemplo da utilidade desse moderno meio de comunicação em prol do racional trabalho dos advogados e da facilitação das tarefas na seara do Poder Judiciário.

Outro mecanismo informático de grandes alvíssaras para a dinamização do processo é a videoconferência. Em geral – e não somente na área do Judiciário – a videoconferência é uma discussão que permite o contacto visual e sonoro entre pessoas situadas em lugares diferentes, dando a todos a sensação de que os interlocutores estão no mesmo local. Viabiliza tanto a comunicação entre um grupo, como também a comunicação pessoa-a-pessoa.

Útil que pode ser para a prática de qualquer ato presencial a ser levado a efeito no âmbito do Judiciário, é no campo da jurisdição penal que a videoconferência demonstra maior praticidade. Isso porque tem o condão de evitar o deslocamento de pessoas que necessitariam sair das prisões para os fóruns a fim de prestar depoimento como testemunhas ou para serem interrogadas.

Mas o uso da teleconferência para interrogatórios criminais tem sido alvo de incompreensões, quiçá por falta de esclarecimentos de como ele deve ser realizado em compatibilidade com as garantias constitucionais dos interrogados.

Nesse passo, é bom recordar o perfil jurídico do interrogatório criminal para mais adiante ser feito o cotejo entre a forma clássica de realização do ato e a inovadora feitura por meio de videoconferência.

6 PERFIL JURÍDICO DO INTERROGATÓRIO

Com efeito, interrogatório é um típico ato de autodefesa do acusado. É o momento em que este expõe a sua versão acerca do fato a si atribuído, podendo delinear o caminho da defesa técnica. Já gozou de status híbrido (a um só tempo, defesa e prova).

Incontroverso, nos dias atuais, que o interrogatório é autodefesa, esta, no entender de Ada Pellegrini Grinover[11], bifurca-se em dois direitos decorrentes, o de audiência e o de presença: "O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório; o segundo significa a oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, garantindo-lhe a imediação com o juiz e as provas.".

Antes da modificação do Código de Processo Penal pela Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003, o interrogatório era ato do qual só participavam, compulsoriamente, o juiz e o interrogado. Facultava-se a presença do Ministério Público, do advogado constituído pelo acusado e do eventual advogado do assistente de acusação, mas todos sem voz. Atualmente opera-se verdadeira audiência de instrução, com contraditório, mercê da nova redação do art. 188, que consigna: "Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se entender pertinentes e relevantes."

Sendo facultada a participação das partes (é dizer, Ministério Público, defesa e assistência de acusação), transformou-se o ato quase solitário do interrogatório, misto de defesa e de prova, em uma autêntica audiência preliminar do processo, já com feição instrutória.

Quando o já referido artigo 188 determina que o juiz "indagará das partes", restringe-se, no caso da defesa, ao advogado do interrogado, ou o comando é dirigido também aos advogados dos corréus? Penso que a resposta é positiva em relação a estes, pois se quisesse diferente o Código diria mais ou menos assim: "o juiz indagará da defesa do interrogado se deseja mais algum esclarecimento". Não havendo consignado expressamente essa restrição, permite a participação, com reperguntas, de todos os advogados habilitados no processo.

Outros aspectos importantes do interrogatório criminal, inseridos no nosso ordenamento (é dizer, no Código de Processo Penal) através da Lei 10.792/03, merecem aqui ser pontuados com finalidade introdutória às considerações sobre a viabilidade constitucional do uso da videoconferência para tais fins.

O primeiro deles diz respeito à necessidade da presença de um defensor para acompanhar o interrogatório. Se não for constituído pelo acusado, o defensor poderá ser público ou dativo. Mas deve ser advogado em situação profissional regular, não valendo a designação de um leigo apenas para cumprir a formalidade.

Outra garantia que se confere ao interrogado é o chamado "direito de entrevista". Estabelece que, antes do interrogatório, o acusado tem direito

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo Constitucional em marcha**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.17.

a entrevistar-se com o seu defensor (constituído ou dativo), mesmo que esteja preso provisoriamente e sob regime disciplinar diferenciado. Também de suma importância é o "direito ao silêncio". Consignou-se no CPP o que já estava comandado na Constituição de 1988: o direito ao silêncio por parte do interrogado, sem que isso possa ser tomado como confissão ficta ou conclusão assemelhada. Deve o acusado ser esclarecido pelo juiz, em linguagem límpida, acerca desse direito e dos efeitos do seu ato.

Igualmente merecedora de destaque é a realização do interrogatório em duas fases, mesmo que na mesma audiência, o chamado interrogatório bipartido. Para evitar o "alinhavo" que timbrava os interrogatórios antes da reforma do CPP, quando as indagações eram amontoadas e terminavam por não viabilizar a autodefesa do acusado, ficou estabelecido que o interrogatório deve ser realizado em duas fases: uma sobre a pessoa do acusado (perfil psicossocial, familiar, laboral, comunitário, etc.) e outra sobre os fatos criminosos relatados na denúncia, bem como dos partícipes da apuração (vítima, testemunhas, possível autor diverso, etc.), bem como sobre "se tem algo mais a alegar em sua defesa".

Se o interrogado for portador de deficiência auditiva, será respeitada a sua peculiaridade física. Assim, caso saiba ler e escrever, será interrogado por escrito e responderá da mesma forma. E se for analfabeto, será nomeado intérprete hábil em linguagem dos sinais, o qual intervirá no ato sob compromisso.

E no caso de o interrogado ser analfabeto, o fato será consignado no termo. Apesar de o CPP assim não estar exigindo, é prudente que o juiz solicite que alguém assine "a rogo" do acusado, além de o termo ser assinado, é óbvio, pelo defensor presente.

7 EM QUE CONSISTE O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA (OU ON-LINE)

O interrogatório on-line ou por videoconferência é aquele realizado à distância, com os atores do ato processual postos em lugares distintos: o juiz fica em um ambiente (no fórum, por exemplo) e o interrogado fica em outro ambiente (geralmente em estabelecimento prisional). Em casos tais, ambos os ambientes são interligados por instrumentos de Telemática (computadores, câmeras, microfones, etc.). Assegura-se ao interrogado o direito de ser assistido no local onde está, por defensor técnico.

As perguntas são feitas pelos protagonistas do ato processual (juiz, MP e advogados), a partir do ambiente forense e respondidas, em tempo real, pelo interrogado. O registro do teor das respostas é feito no ambiente judiciário.

O aparato técnico que deve ser disponibilizado para que o interrogatório on-line seja realizado com as mais basilares garantias constitucionais asseguradas

ao interrogado, bem como para a parte promovente da ação penal (ou coadjuvante, no caso de ação penal privada ou da existência de assistente do Ministério Público) é o seguinte: a) microfone ambiental, com dinâmica de captação multidirecional, de modo a captar todos os sons de ambos os ambientes (onde está o interrogado e onde está o juiz); b) um telefone criptografado, de modo a reduzir a nível insignificante a possibilidade de violação do contato por terceiro, quer seja criminosamente, quer seja acidentalmente; c) televisores digitais ou monitores de grande dimensão, à razão de dois por cada ambiente, de modo a permitir que as imagens retransmitam uma sensação de "mundo real" no ambiente remoto; d) uma câmera robô em cada ambiente, a fim de dar mobilidade para conferir o real estado da sala onde está o preso e vice-versa; e) scanners de boa resolução nos dois locais, para permitir a remessa de algum documento a ser analisado pelo interrogado, bem como para permitir a assinatura do termo de interrogatório pelo preso e o retorno do documento ao ambiente cartorário; f) um aparelho de gravação de DVD ou mídia análoga, permitindo a extração de cópias para repousarem nos autos, podendo eventualmente seguir para o Tribunal *ad quem*, como, por exemplo, em caso de informações prestadas em sede de habeas corpus.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperiosa a designação de um "curador de ambiente", isto é, de um advogado para acompanhar o ato a partir do presídio, garantindo assim que tudo ocorra com normalidade. Obviamente, se o interrogado assim preferir, será assistido, também, por advogado da sua confiança, o qual ficará ao seu lado durante o ato. Em casos tais, a atuação do advogado constituído não conflitará com a presença do curador do ambiente, já que a este toca a missão de, primordialmente, não deixar que o local onde estiver o preso inviabilize a materialização de todas as garantias constitucionais asseveradas ao acusado.

8 VANTAGENS DO INTERROGATÓRIO *ON-LINE*

Muitas são as vantagens da realização do interrogatório por videoconferência. A seguir estão listadas as mais importantes.

A primeira delas diz respeito à celeridade. É que o interrogatório on-line dispensa uma série de atos burocráticos, como ofícios de requisição, elaboração de pauta de saída da cadeia, etc., permitindo a abreviação da realização do ato processual. Além do mais, dispensa o transporte do preso da cadeia para o fórum com a utilização de escolta, de veículos adequados, etc. Esses atos, para serem realizados de forma segura pela administração prisional, demandam tempo com planejamento, requisições, etc.

Outro quesito da maior importância é o da segurança pessoal do preso. Muitos acusados têm inimigos que poderão atentar contra a sua vida no trajeto

cadeia-fórum, o que não ocorre se o interrogatório for on-line. Por outro lado, considerando que muitos dos interrogandos integram grupos criminosos, não é despiciendo cogitar-se de operações de resgate do preso, articuladas por integrantes do seu bando ou por outros interessados na sua fuga.

Outro setor beneficiário da realização do interrogatório por videoconferência é o da segurança da população. Não se pode olvidar que a utilização de comboios fortemente armados para o transporte do preso da cadeia para o fórum gera espetacularização desnecessária e agitação psicológica da população, levando a temer-se pela ocorrência de confrontos entre quadrilhas, fugas, resgates, tiroteios, etc.

Mais um rendimento positivo com a realização do ato processual aqui em comento através da videoconferência tem pertinência com a preservação da dignidade do preso. Com efeito, quanto menor a exposição, mais preservada estará a sua imagem. É assim uma forma de homenagear o princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Adiciona-se às vantagens desse tipo de prática de ato jurisdicional a de assegurar que a prova será produzida – em casos de depoimento do preso na condição de testemunha – findando por trazer benefícios ao esclarecimento dos fatos e à consecução da justiça.

Por fim, tem-se que o interrogatório on-line auxilia na concentração dos atos do processo, já que, quanto mais breve o interrogatório, mais fiel a utilização do que nele se contém para a elaboração de uma sentença justa.

9 CRÍTICAS AO INTERROGATÓRIO *ON-LINE*

Em sede doutrinária e até mesmo em pronunciamentos jurisdicionais, avultam as críticas ao interrogatório on-line, debaixo dos mais díspares argumentos, na sua grande maioria com âncora constitucional.

Diz-se, não é raro, que o interrogatório por meio de videoconferência atenta contra o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Carta Política, pois inibe o interrogado de conhecer o seu julgador, já que não permite um contato vis-à-vis entre ambos.

Não parece forrado de muita razoabilidade esse argumento, ou seja, de que o fato de o interrogado não estar face a face com o juiz inviabiliza a concretude do princípio do juiz natural. E o que é "juiz natural"? É aquele previamente designado para ter jurisdição sobre fatos e feitos tais os atribuídos à autoria do interrogando. Ou seja, a atribuição, pelo Estado, de um dos seus agentes políticos para julgar certas causas não pode ser de "caso pensado" e expressamente dirigida ao julgamento de pessoa "x". Em um clima de normalidade constitucional, os juízes são investidos da jurisdição (i. é, do poder de julgar) para todas as causas

que se comportem dentro do perfil competencial demarcado pela Magna Carta. Isso sim é dar as costas aos abjetos "tribunais de exceção", recusados no modelo brasileiro pelo art. 5º, XXXVII da Constituição Federal.

Não é outro o entendimento de José Augusto Delgado[12] ao afirmar que o fito desse princípio é o de vedar uma justiça de privilégios ou exceções, assegurando que todos os cidadãos tenham seus litígios julgados por juízes legalmente investidos nas suas funções em conformidade com as regras constitucionais, já que essa garantia "não permite que os poderes constituídos criem juízos destinados a julgamentos de determinados casos ou de pessoas especificadas".

E onde, então, residiria a mácula ao princípio constitucional em destaque em virtude da realização de um interrogatório com distanciamento físico entre juiz e interrogado? Parece que em nenhum ponto, sendo, máxima vênia, equivocado o chamamento do princípio do juiz natural para inquinar de inconstitucional a novidade processual.

Ainda que prevalecesse a face do princípio do juiz natural que confere ao acusado o direito de conhecer o seu julgador (acepção que parece equivocada, já que melhor utilidade teria nos sítios da ampla defesa), mesmo assim ainda não haveria ferida constitucional, pois o fato de o acusado estar distante fisicamente do juiz que o interroga não implica em desconhecimento, por ele mesmo, de quem é a autoridade que naquele ato representa o Estado-julgador. Essa ciência pode plenamente ocorrer através dos meios de Telemática[13], desde que os equipamentos sejam adequados para tanto (câmeras, microfones, monitores de vídeo etc.). Diferente seria, por exemplo, se fosse usado exclusivamente o telefone.

Por outro lado, o princípio da identidade física do juiz no processo penal é figura recente, introduzida pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008 e mesmo assim se apresenta com força relativa. É que o artigo 399 do CPP contempla agora um segundo parágrafo, que assim diz: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.". Note-se que o verbo escolhido pelo legislador reformador foi "dever" (o juiz "[...] deverá proferir a sentença"). Até mesmo no processo civil, que tradicionalmente adota o mencionado princípio, o dispositivo do CPC que o consagra está lavrado com diversas exceções: "Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor."

---

12 DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). **Estado de Direito e Direito Fundamentais:** homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.319-338.

13 Que é uma "expressão dicionarizada como sendo a ciência que cuida do uso combinado do computador com outros meios de telecomunicações". (CARVALHO, 1996).

Portanto, carece de lógica e de razoabilidade a cruzada que se desenvolve em prol dessa vinculação física e de proximidade exacerbada entre o acusado-interrogado e o juiz. A propósito, mesmo no campo do processo clássico (aqui assim classificado como aquele que prescinde das inovações tecnológicas, a exemplo da videoconferência), é perfeitamente plausível que o juiz que interrogue o acusado não seja o mesmo que vai julgá-lo, quer seja por impeditivos funcionais (férias, licença, remoção, promoção, exoneração, etc.), quer seja em razão de o ato de interrogatório ter sido realizado através de carta precatória ou de ordem.

Comentando os princípios que devem nortear a realização da videoconferência para interrogatório, Rodrigo Carneiro Gomes[14] destaca que a alegação de falta de contato físico com o juiz perde força, "uma vez que o preso em unidade da federação diversa pode ser ouvido por carta precatória, sem ter contato com o juiz da instrução, que julgará a ação penal".

Outra crítica que se desfere com frequência contra a utilização do interrogatório on-line é a de que este constitui atentado ao direito à autodefesa, decorrente do direito à ampla defesa, assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. É este o direito que tem o acusado de nortear a sua própria defesa, embora o desenvolvimento desta possa – ou melhor, deva – ser posto aos cuidados de um profissional da advocacia (a chamada defesa técnica). Para Rogério Schietti Machado Cruz[15], esse direito bifurca-se em dois direitos decorrentes, o de audiência e o de presença, consubstanciados na garantia que se confere ao acusado para ser ouvido e falar durante os atos processuais, bem como de assistir, com plenitude, a realização destes.

É também assim que pensam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Filho[16], para os quais o interrogatório, consubstanciando-se em autodefesa é "meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão".

Nada contra a opinião dos respeitados processualistas, muito pelo contrário. Apenas que nenhum conflito existe entre a efetividade dessas garantias e a realização do interrogatório on-line, desde que seja providenciado todo o aparato técnico listado anteriormente no corpo deste trabalho. Mesmo em

---

14 GOMES, Rodrigo Carneiro. A videoconferência ou interrogatório on-line. **Revista CEJ,** Brasília, ano 12, n.40, p. 68-72, jan.-mar. 2008

15 CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais.** São Paulo: Atlas, 2002. p.132-133.

16 FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES FILHO, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal.** 6.ed. rev., ampl. e atual. com a nova jurisprudência e em face da Lei nº 9.099/95 e das Leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.79.

posição remota, pode o acusado falar e ser ouvido com perfeição, bem como ter pleno acesso a tudo que se passa no ambiente forense onde estão o juiz e os demais partícipes da audiência. Ressalte-se que o aparato tecnológico tem que ser de excelente qualidade, de modo a reproduzir, com fidelidade, em um ambiente, tudo que se passa no outro, em termos de som e de imagem. Não há que se ter por atendido o requisito técnico apenas com a instalação de câmeras bisonhas, que transmitem imagens distorcidas e sons humanos metalizados, em tempo irreal. Isso seria a beira do grotesco e mereceria – ou melhor, merece – repúdio e reprimenda.

O direito de audiência (é dizer, de contar a sua versão sobre os fatos, influindo no convencimento do juiz) pode perfeitamente ser preservado, ainda que o contato entre o julgador e o interrogado não aconteça em uma mesma sala e sim de forma distanciada. A comunicação entre ambos é assegurada, principalmente pelos meios de Telemática mais eficientes.

Noutro passo, o direito de presença, caracterizado pela imediatidade da participação do acusado na instrução do processo (dando informes pontuais e detalhados ao seu advogado, por exemplo), em nada fica comprometido com o interrogatório virtual. Como é imperativa a presença do advogado do interrogado (CPP, art. 185), não corre perigo essa garantia.

Também tem sido afirmado que o interrogatório on-line redunda em desatenção ao direito do preso ser levado imediatamente à presença de um juiz para ser ouvido com todas as garantias, conforme está previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9, III) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, I), sendo que estes diplomas internacionais, aprovados pelo Brasil, integram o nosso ordenamento jurídico com o *status* de emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º).

Repetida vênia, essa argumentação não procede. O chamado direito de apresentação à autoridade, conferido ao preso, visa a assegurar a integridade física deste. Tanto que o CPP vigente assim dispõe: "Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada". E, se o juiz entender que o preso deve ser solto, assim determinará (CPP, art. 310).

A existência desse controle jurisdicional sobre a prisão em flagrante em nada conflita com a possibilidade da realização do interrogatório on-line, o qual poderá ser realizado dias após a conferência dos termos da prisão e da integridade física do acusado acima comentada.

Também não obtém sucesso a crítica deflagrada contra o interrogatório por videoconferência com o argumento de que nele inexistem elementos sensoriais que permitam ao juiz aferir o perfil do

acusado para posterior aplicação na individuação da pena, nos termos do Código Penal, art. 59. Fala-se de "frieza e impessoalidade" e de que os gestos "a entonação da voz, a postura do corpo, a emoção do olhar, dizem mais que mil palavras" [17]. Com o maior respeito, vê-se que essas afirmativas teriam razão de ser se o interrogatório on-line fosse realizado através de instrumentos rudimentares, que não permitissem uma apreciação do semblante e do gestual do interrogado, como acontecia nos primeiros momentos da comunicação virtual Telemática. Atualmente, com a velocidade na transmissão de dados permitida pelas modernas ferramentas tecnológicas, é possível passar todo um conjunto de sensações, exposto pelos envolvidos no interrogatório (não só o acusado, mas também o juiz, o defensor, o membro do Ministério Público, etc.). Ficam faltando, dos sentidos, o sabor, o olfato e o tato. Mas, com efeito, esses sentidos não são usados nos interrogatórios clássicos, nos quais o juiz não apalpa, não morde e não cheira o interrogado.

Conforme ensina Antonio Luis Chaves Camargo[18], a tônica de um processo penal democrático é a efetiva existência de um defensor para o réu, o qual deverá com este conversar, orientando-o antes do interrogatório em busca das provas devidas, sendo isso muito mais producente do que "a emotividade e o calor humano na presença do juiz".

Também não convence o argumento de que o interrogatório on-line é uma peça processual que desatende ao quesito da segurança das provas, daí a documentação destas ser da tradição do processo. E também de que existe vulnerabilidade do meio informático para garantir a veracidade do contato entre o ambiente prisional (onde fica o interrogado) e o ambiente forense (onde fica o juiz). Com efeito, os mecanismos de segurança desenvolvidos no âmbito da informática reduzem a nível insignificante a possibilidade de interseção de estranhos no tráfego das informações. A vingar esse receio, estariam vulneráveis em grau comprometedor, também, outros atos processuais e procedimentais implementados via telemática, tais como as citações e intimações realizadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as publicações virtuais dos Diários Oficiais e dos Diários da Justiça, as "penhoras on-line" do sistema BACENJUD, etc., mas sabe-se que esses atos são desenvolvidos com enorme confiabilidade.

---

17 D'URSO, Luíz Flávio Borges. O interrogatório por teleconferência: uma desagradável Justiça virtual. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 7, n.60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3471>. Acesso em: 27 ago. 2008.

18 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Interrogatório On-line e direito penal atual. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n.48, p.11, nov. 1996.

10 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Considerando que a maior barreira que se opõe ao uso do interrogatório on-line é de cunho constitucional (embora em alguns casos a incompatibilidade vertical com a Carta Política seja usada como pano diáfano para encobrir conservadorismos ou desconhecimento acerca das inovações tecnológicas), é necessário que se faça uma abordagem, ainda que ligeira, acerca dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, considerando que toca àquela Corte a missão de fazer o controle direto da constitucionalidade das normas, bem como dizer a última palavra em termos de controle difuso dessa mesma constitucionalidade.

Em 27 de março de 2007, foi distribuído ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes o habeas corpus nº 90900[19], controvertendo a validade de interrogatório on-line em caso concreto. Adveio o indeferimento da liminar.

Ao apreciar o pedido de liminar no habeas corpus nº 91859[20], a então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, houve por bem indeferi-lo, sustentando assim a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que também havia negado idêntico pedido para que se anulasse o processo penal deflagrado contra o paciente a partir do interrogatório on-line, já que esse ato havia sido regulamentado por lei estadual, em invasão à competência da União para legislar sobre processo. Entendeu a Presidente que não existia base para a liminar, invocando o precedente do habeas nº 90900, com liminar igualmente negada.

Nada obstante essa aparente tranquilidade do entendimento da mais alta casa de Justiça do país acerca do tema, adveio o julgamento do habeas corpus nº 88.914[21], tendo como relator o Ministro Cesar Peluso, com o entendimento de que deveria ser anulado o processo-crime a partir do interrogatório on-line, em razão da desatenção que esse ato configurava a diversos princípios constitucionais. Alguns dos pontos adotados pelo STF merecem ressalte. Veja-se a seguir.

Aduziu o julgado que inexistia previsão legal para esse tipo de interrogatório. Com o merecido respeito, não pode vingar esse fundamento. É que, no Direito Processual Penal, o princípio da legalidade estrita não tem a mesma força que tem, por exemplo, no Direito Penal. Em casos como tais, deve prevalecer o princípio da

---

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 90.900/SP - Medida Liminar,** rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/03/2007, DJ 02/04/2007.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 91.859/SP - Medida Liminar,** rel. Min. Ellen Gracie, j. 05/07/2007, DJ 01/08/2007.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 80.914/SP**, rel. Min. Cesar Peluso, j. 14/08/2007, DJ 05/10/2007.

instrumentalidade das formas: se não foi demonstrada a existência de prejuízo, não deve o ato ser anulado, conforme entendimento pacificado no próprio Supremo Tribunal Federal, como é exemplo o RHC 91.070/SE[22].

Com efeito, se, como concluiu o julgamento antes referido, não há lei prevendo esse tipo de interrogatório, também não há lei proibindo.

A prevalecer a tese da estrita legalidade processual, não deveria o CPP estabelecer até mesmo a forma de documentação do interrogatório "real" (escrita, gravação de voz, gravação de voz e imagens, etc.)?

Outro ponto posto em relevo no julgamento do HC 88.914, foi o de que o interrogatório on-line torna a atividade "mecânica e insensível". Será que decorre essa conclusão do fato de não haver junção física, em uma apertada sala, de juiz, representante do Ministério Público, advogados e interrogado?

Como já dito acima, os recursos da Telemática hoje são tão abundantes que permitem a transmissão de boa qualidade com o espelhamento das reações e das expressões (voz, movimentos faciais, gesticulações etc.) do acusado e, vice-versa, dos demais atores da audiência.

Também se objetou, naquele julgamento, que no caso concreto, lamentado no habeas, o interrogado não foi previamente informado de que seria submetido a interrogatório por videoconferência. Da mesma forma, com a máxima vênia, a ausência de prévio esclarecimento sobre a forma do interrogatório não inquina o ato de nulidade, pois tanto não há expressa previsão legal de que se assim ocorrer o ato será nulo, como deve prevalecer o princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*), pouco antes comentado. Então, *contrario sensu*, caso o acusado tivesse sido informado desse aspecto (o uso da videoconferência), seria admissível o interrogatório on-line?

Considerando as posições vanguardistas que o Supremo Tribunal Federal tem assumido e demonstrado, a exemplo da realização de audiências públicas com setores representativos da sociedade para discutir temas que despertam as mais acirradas polêmicas (aborto de feto anencefálico, disponibilização de sementes transgênicas, etc.), é de se esperar algum avanço no entendimento de que é viável e constitucional a realização do interrogatório por videoconferência.

11 CONCLUSÕES

Diante das considerações acima vistas, algumas conclusões podem ser apontadas:

---

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RHC 91.070/MG**, rel. Min. Ellen Gracie, j. 09/09/2008, DJe 26/09/2008.

É irreversível o encontro da Informática (e da Telemática) com o Direito, proporcionando sério avanço na prestação jurisdicional, no rumo da consecução da razoável duração do processo, atualmente com assento constitucional.

II – A Informática Jurídica é o processamento e o armazenamento eletrônico de informações jurídicas, em complementaridade às tarefas das pessoas que trabalham na área do Direito.

III – Talvez por uma pertencer ao ramo das ciências técnicas (a Informática) e outra ao campo das ciências sociais (o Direito), essas duas áreas do conhecimento humano ainda se conflitam, mesmo que mirando uma causa comum, como ocorre na utilização de meios informáticos para a prática de atos processuais.

IV – O interrogatório on-line (ou por videoconferência) constitui um sério avanço na segurança e na rapidez do processo penal, mas só deve ser posto em prática se estiverem asseguradas todas as garantias constitucionais postas ao dispor do interrogado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 41.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 90.900/SP - Medida Liminar**. rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/03/2007, DJ 02/04/2007.

_____. **HC 91.859/SP - Medida Liminar**. rel. Min. Ellen Gracie, j. 05/07/2007, DJ 01/08/2007.

_____. **HC 80.914/SP**. rel. Min. Cesar Peluso, j. 14/08/2007, DJ 05/10/2007

_____. **RHC 91.070/MG**. rel. Min. Ellen Gracie, j. 09/09/2008, DJe 26/09/2008.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Interrogatório On-line e direito penal atual. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n.48, p.11, nov. 1996.

CARVALHO, Ivan Lira de. A Internet e o acesso à Justiça. **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro, n.4, p.11-21, abr. 2000.

_____. A regulamentação da escuta telefônica: Abordagem primária. **Enfoque Jurídico,** Brasília, n.5, p.7, jul.-ago.1996

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). **Estado de Direito e Direito Fundamentais:** homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.319-338.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. O interrogatório por teleconferência: uma desagradável Justiça virtual. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 7, n.60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3471>. Acesso em: 27 ago. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES FILHO, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal.** 6.ed. rev., ampl. e atual. com a nova jurisprudência e em face da Lei nº 9.099/95 e das Leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A videoconferência ou interrogatório on-line. **Revista CEJ,** Brasília, ano 12, n.40, p.68-72, jan.-mar. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo Constitucional em marcha**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

KAMINISKI, Omar. Informática jurídica, juscibernética e a arte de governar. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, n. 14, jun.-ago. 2002. Disponível em:: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-OMAR-KAMINSKI.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2008.

KILIAN, Wolfgang. El jurista Mario G. Losano. In: LUCAS, Javier de; PECES-BARBA, Gregorio (Org.). **El Derecho em red**: estudios em homenage al profesor Mario G. Losano. Madrid: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", 2007.

LOSANO, Mario G. **Lições de Informática Jurídica.** São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

_____. **Giuscibernetica:** Macchine e modelli cibernetici nel diritto. Torino: Einaudi, 1969. (Piccola Biblioteca Einaudi, 125).

_____. **Stato e automazione**. Milão: Etas Kompass, 1974.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. Breves considerações sobre Direito Informático e Informática Jurídica. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 5, n.51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2255>. Acesso em: 29 set. 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Informatização do processo. **Justiça & Cidadania,** Rio de Janeiro, n.77, p.22-26, dez. 2006.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EFETIVIDADE E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS: UMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

Louisianne Paskalle Solano Maia[1]

Sumário: 1. Constatações preliminares; 2. Os direitos fundamentais e suas duas esferas de atuação: A prestação positiva e a prestação negativa; 3. Direito e filosofia: Mínimo existencial; 4. Direito e Economia: Reserva do possível; 5. A necessária eficiência no trato da coisa pública; 5.1 A Responsabilidade do Estado; 5.2. A Responsabilidade da sociedade; 6. A promoção da efetividade constitucional; 7.Considerações finais. 8. Referências.

1 CONSTATAÇÕES PRELIMINARES

O poder tem uma tendência natural de, quando exercido, vir a se corromper, portanto as cartas constitucionais modernas disciplinam o seu exercício e também trazem uma parte destinada a proteger o indivíduo e a sociedade daqueles que o detém. A carta de 1988 destina um título inteiro reservado à proteção do indivíduo e da sociedade face aos abusos de qualquer fim.

São vinte anos da Constituição cidadã, a qual se funda na realização do Estado Democrático de Direito. Diante disso, podem ser feitas algumas constatações preliminares: as filas em hospitais, o descaso no atendimento em alguns órgãos públicos, as penitenciárias lotadas, a violência, as grades nas janelas, as cercas elétricas, a liberdade de caminhar na rua cerceada por falta de segurança, as creches que não existem e as escolas que fingem que ensinam. Paralelo a isso, um rol extenso de Direitos Fundamentais no papel e uma carência substancial de efetividade.

A pós-modernidade vem seguindo o caminho natural da evolução do conhecimento. Se a modernidade, que também fez promessas, não as cumpriu, deposita-se nessa nova era a confiança de que a promoção do bem comum e da harmonia social é possível. Os três poderes da República deveriam funcionar de forma harmônica e, assim, promoverem os ditames constitucionais como bem impõe o artigo 2º da Carta de 1988.

Uma constituição não traz sugestões, recomendações ou promessas. As normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade, trazendo em seu corpo comandos a serem absorvidos pelo seu público alvo, seja ele um representante do Estado ou qualquer cidadão.

---

1 Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Servidora pública do TRE-RN.

Parece que a tradicional doutrina, acompanhada da não menos tradicional jurisprudência, vem dando à norma constitucional um caráter programático, ou seja, de não ensejar tutela imediata dos Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário. É por isso quem vem surgindo uma "subversiva" doutrina, acompanhada também de uma "subversiva" jurisprudência que dá às normas constitucionais uma efetividade direta.

Serão abordadas, neste estudo, algumas considerações acerca da promoção da efetividade dos Direitos Fundamentais, ultrapassando as barreiras que hoje lhe são impostas, como por exemplo, o atual conceito proveniente da doutrina alemã, conhecido como reserva do possível, que confronta com o sensível tema do mínimo existencial, quando analisados sobre um prisma estrangeiro e alheio à situação fática em questão.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DUAS ESFERAS: A PRESTAÇÃO NEGATIVA E A PRESTAÇÃO POSITIVA

Os Direitos Fundamentais estão relacionados àquele conjunto de Direitos políticos, sociais, civis, econômicos e culturais garantidos pelo Estado a todos os cidadãos, seja intervindo diretamente na sua promoção, seja se abstendo para que eles possam se realizar.

A prestação negativa dos Direitos Fundamentais está ligada à abstenção do Estado face ao indivíduo. São Direitos frutos da conquista burguesa, após a turbulenta revolução francesa. Conhecidos também por Direitos individuais. Esses Direitos se opõem ao antigo regime absolutista que operava sem limites. Dessa prestação negativa, são exemplos: a liberdade, a intimidade, a honra, a livre organização sindical, a inviolabilidade de domicílio, a correspondência e outros.

Já a prestação positiva é aquela que exige do Estado uma atuação para que possa prover os cidadãos com o mínimo necessário e, assim, manter uma ordem econômica e social. São conquistas alcançadas a partir do século XX. Essa prestação trata do que pode ser exigível, como educação, saúde, assistência aos desamparados, moradia, previdência social... Detectada a violação a qualquer desses direitos constitucionais, pode o cidadão exigir sua observância pela via da prestação jurisdicional.

3 DIREITO E FILOSOFIA: MÍNIMO EXISTENCIAL

O Mínimo Existencial não está expressamente inserido na Constituição brasileira de 1988, mas pode ser extraído do princípio da igualdade, do devido processo legal e dos Direitos Fundamentais como um todo.

Trata-se então de um Direito às condições mínimas de existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

Pensar nesse conceito é fazer um giro epistemológico dentro do próprio Direito, já que se tem aqui o retorno da reflexão para dentro de suas concepções. O Direito, que por muito tempo esteve esvaziado de valores, tem agora a possibilidade de resgatar essa necessária forma de atuação com diretriz axiológica.

Na linha de não intervenção estatal, Scaff; Maués (2005) faz menção a algumas imunidades tributárias, tomando por base o conceito de mínimo existencial, tais como a da cesta básica no que tange ao ICMS e ao IPI; do mínimo existencial familiar, quanto ao IR; da moradia, quanto ao IPTU; a da gratuidade para o acesso à justiça na defesa de seus direitos; a imunidade para as instituições assistenciais; do ITR, para as pequenas glebas rurais. Ademais, na linha de intervenção estatal, o referido autor observa que a compreensão do mínimo existencial também está presente na proteção do direito à saúde, através do SUS – Sistema Único de Saúde (com críticas em face de sua universalização, pois extrapola o mínimo existencial, ao permitir seu uso inclusive pelos economicamente abastados), bem como na garantia do direito à educação, através dos sistemas de ensino públicos e gratuitos.

Do exposto, podem ser feitas algumas considerações: os tributos não podem atingir a esfera mínima de existência dos indivíduos, de modo que não caiba, por exemplo, a imposição de imposto sobre imóveis de indivíduos pobres, que não possuem condições de pagar o tributo, sem que sobre recursos para sua subsistência.

No que tange às prestações positivas, cabe ao Estado o fornecimento gratuito da função jurisdicional, das prestações de polícia, das forças armadas, da diplomacia etc., considerados direitos fundamentais.

Quanto à assistência social, é conferida pelo Estado de forma subsidiária em casos de falha no sistema de seguridade, seja público ou privado, e se o indivíduo não possuir condições de arcar com as despesas.

A prestação estatal é obrigatória quando caracterizada a necessidade. Assim é resistente à crise financeira e não se confunde com os incentivos fiscais. De diversas formas se dá a proteção do mínimo existencial. Em primeiro lugar, pela entrega direta de prestações de serviço público específico e indivisível, gratuitas através da atuação das imunidades das taxas e dos tributos que dependem de prestações, como nos casos da educação primária e da saúde pública. A proteção da liberdade social pode ocorrer, também, por subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, tanto públicas como privadas. A entrega de bens públicos, como roupas, remédios e alimentos, nos casos de calamidade pública, ou como forma de assistência social a pessoas carentes, através do fornecimento de merenda escolar, leite etc., não depende de pagamento, porque se trata de proteção do mínimo existencial. No entanto,

é necessário ressaltar que a ação estatal deve ser restrita à entrega de bens necessários à sobrevivência dos verdadeiramente necessitados, pois ao Estado não compete a concessão de bens e serviços a toda a população. Scaff; Maués (2005) disserta com autoridade quando diz:

> O atendimento de necessidades básicas, como educação, saúde, habitação, saneamento etc. deve ser feito pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado. Afinal, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar essas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto. Como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebem da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que administra, seja através de arrecadação própria, seja de empréstimos obtidos junto ao mercado. Quem estabelece para o Estado essas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade, através de seu ordenamento jurídico.

Constata-se, portanto, que o sistema capitalista não tem na sua estrutura a condição de atender às necessidades básicas de uma população, restando ao Estado a incumbência de uma forte prestação positiva, de modo a prover os que necessitam.

O conceito de mínimo existencial está, também, intimamente ligado à capacidade para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais, o qual determinará esse patamar de mínimo existencial. (SCAFF; MAUÉS, 2005).

Necessário pensar, portanto, em um conceito de liberdade que está além do mero sistema econômico de trocas no mercado. Um exemplo de afronta a essa liberdade, em seu aspecto político, é a manipulação do voto. Uma afronta à liberdade cultural é restringir o acesso ao universo cultural e simbólico em todos os momentos da vida, que constitui um elemento fundamental de formação da sensibilidade, da expressividade, da convivência e da construção de cidadania. Restando concluir, concordando com Scaff; Maués que o mínimo existencial está vinculado à efetividade do exercício das capacidades que podem permitir ao ser humano alcançar o desenvolvimento, sejam estas políticas, civis, econômicas ou culturais.

4 DIREITO E ECONOMIA: RESERVA DO POSSÍVEL

A economia trabalha com escassez e não com abundância. Partindo dessa premissa, pode-se observar que sempre irá haver limitações quanto a financiamentos de qualquer espécie. Um conceito desenvolvido pela doutrina alemã e já difundido no mundo jurídico é o da "reserva do possível" que trabalha essa ideia da limitação do orçamento face às custosas concretizações de Direitos, implantações estas que podem ser exigíveis por qualquer um, seja invocando dignidade da pessoa humana, seja invocando o direito à saúde, o direito à educação ou qualquer outra faculdade exigível pelo cidadão que está inserido em um Estado Democrático de Direito.

O conceito alemão de "Reserva do Possível" surgiu com uma decisão da Corte Superior daquele país, que recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas, nas universidades públicas, para atender a todos os candidatos. A partir disso, universalizando os conceitos de "Reserva do Possível" e "Mínimo existencial", alguns autores brasileiros, transportando a tese sem a necessária adequação fática, começaram a afirmar que não era possível a apreciação do poder judiciário em casos envolvendo Direito Fundamental Social, pois estes estariam dependendo de orçamento público e políticas de responsabilidade apenas do legislativo e executivo.

A escassez de recursos públicos, em oposição às responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de cumprir promessas vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, considerando a destinação de recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de menor relevância aos valores básicos da sociedade representados pelos direitos fundamentais.

De forma sensata, se pronuncia sobre o tema, o iminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente

> aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (MELLO, 2004)

O Ministro ressalta a necessidade do justo motivo objetivamente aferível para que se possa, em caráter excepcional, isentar a administração pública das determinações constitucionais. Esse motivo seria a prova inequívoca da incapacidade financeira do ente reclamado. Salvo essa hipótese, deverá a administração pública atuar pautada na mais absoluta consonância com os objetivos da república, com os seus fundamentos e com o extenso rol de Direitos que a Constituição se propõe a resguardar, sendo sempre uma orientação a ser seguida pelos atuais governos.

5 A NECESSÁRIA EFICIÊNCIA NO TRATO DA COISA PÚBLICA

5.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O artigo 37 da Constituição Federal não faculta à administração trabalhar com eficiência e moralidade, mas impõe esse dever. Considerando a escassez de recursos, deve-se cobrar da administração pública uma total eficiência no trato da coisa pública.

O legislador deverá fazer o planejamento orçamentário, respeitando as normas constitucionais, especialmente as que versam sobre os objetivos da República, ou seja, nem o legislador, nem o administrador poderão dispor dos recursos públicos para aplicarem de maneira aleatória. Entra, nesse âmbito, o princípio da Supremacia da Constituição, trazendo consigo toda a sua carga substancial, e não apenas aqueles limites formais.

O poder jurisdicional enquanto Estado deve participar da realização de Direitos mínimos para o cidadão. Para isso, tem que adentrar na delicada esfera de discricionariedade da Administração Pública. Muitas vezes, serão necessárias interferências enérgicas, utilizando-se do princípio da razoabilidade para fazer as ponderações e verificar se há uma adequação entre meios e fins nas decisões administrativas, verificando se há exigibilidade na medida e se as vantagens são maiores do que as desvantagens nos atos públicos. Esse controle recai, necessariamente, sobre as atribuições do Poder Judiciário, não podendo, este, esquivar-se de tal responsabilidade, tendo, portanto, que atuar com o equilíbrio que lhe é exigido e com a ponderação necessária.

Eficiência exige bom planejamento, disciplina, organização, compromisso. Atitudes que ficam entregues à sorte, muitas vezes, de parentes, familiares, amigos e afins dos detentores do poder, que não raro, não possuem a técnica essencial de administrar e fazer funcionar a máquina pública com a devida eficiência. Existe uma política de combate à pratica do nepotismo, ainda entregue a uma fiscalização inexpressiva, dando margem à criatividade dos governantes para implantação de novas formas do tão prejudicial instituto, a exemplo do nepotismo cruzado, que obriga o Estado a atuar com uma necessária urgência na criação de mecanismos de combate a essas práticas.

5.2 A RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE

Falar em distribuição de responsabilidades é "repartir a conta" da promoção da efetividade dos Direitos fundamentais para além do Estado. Quando um cidadão sonega impostos, compra um produto falsificado, usa de seu poder de influência para tirar privilégios, sejam eles de qualquer grau ou age com má fé, tem-se aí a efetiva participação da sociedade, somada à ineficiência da máquina pública, atuando juntos na promoção da não realização dos Direitos Fundamentais.

Michel Foucault perfaz um deslocamento do plano de análise do poder. As relações de poder, para ele, funcionam de forma disseminada e elementar, e, portanto, nada mudará na sociedade sem que se mudem os mecanismos cotidianos dessas relações. Essa linha de raciocínio do mencionado autor pode ser verificada, quando ele diz:

> Uma das primeiras coisas a compreender é que o poder não está localizado no aparelho de Estado e que nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo, ao lado dos aparelhos de Estado a um nível muito mais elementar, quotidiano, não forem modificados. (FOUCAULT, 2007)

Nesse sentido, a sociedade como um todo passa a ser responsável pela efetivação dos Direitos Fundamentais e não somente aquela instância máxima e distante, conhecida por governo. Uma sociedade civil organizada é tema de discussão contemporânea e pré-requisito indispensável na efetivação de Direitos.

Falar em responsabilidade da sociedade civil não é negligenciar as atribuições do Estado, mas trata-se de uma soma de ações que juntas podem contribuir para acelerar a necessária efetividade dos tão reivindicados Direitos Fundamentais.

6 A PROMOÇÃO DA EFETIVIDADE

Durante a vigência da orientação positivista, as disposições constitucionais eram apenas ideários principiológicos, abstrações carentes de normatividade. Na era da Pós-Modernidade do Direito, ou era Pós-Positivista, surgem métodos e possibilidades inovadoras que orientarão a interpretação constitucional de modo a promover a efetividade dos valores que estão ali consagrados.

Lenio Streck denuncia que um dos motivos para a baixa aplicação dos preceitos constitucionais está na baixa pré-compreensão acerca do sentido de Constituição, no que ela significa no âmbito de Estado Democrático de Direito, acarretando, assim, um efetivo prejuízo para a concretização de Direitos Fundamentais:

> Compreendemos a Constituição como Constituição quando constatamos que os Direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que, é finalmente, o retrato da própria realidade social); percebemos também que a Constituição não é somente um documento que estabelece Direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; a Constituição não é mera Lei Fundamental (texto) que toma lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo "deve-ser" – até porque antes dela havia uma outra "Constituição" e antes destas outras quatro na era republicana – mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição. (STRECK, 2005, p. 48)

Os métodos de interpretação constitucional Pós-Positivistas, especialmente o científico espiritual de Rudolf Smend e o concretista de Konrad Hesse, estabelecem que, antes de interpretada, a disposição constitucional é apenas texto e somente com o ato de interpretar, ou seja, com a confluência do texto acrescido da sua aplicação no caso concreto é que a norma se constitui. (SMEND; HESSE apud BONAVIDES, 2004). Lenio Streck, além de corroborar

essa ideia, inspirado nos estudos dos filósofos Heidegger e Gadamer, aprofunda-se na questão e decreta o fim do método na hermenêutica constitucional, tornando o problema hermenêutico uma questão filosófica e existencial, que deve ser considerada a partir do contexto jurídico como fenômeno que se realiza em um determinado espaço e em uma determinada época. Posição esta que contraria a maciça doutrina já formada no Brasil, a qual defende que a Ciência do Direito possui procedimentos rígidos para sua aplicação no contexto prático.

Nesse cenário inovador, desenvolve-se um princípio constitucional de grande relevância, designado Princípio da Efetividade, o qual tem sido bastante trabalhado pelo jurista brasileiro Luis Roberto Barroso. Barroso afirma, ao contrário da doutrina dominante, que a norma constitucional que enseja direito subjetivo fundamental tem aplicabilidade direta e imediata. O plano da efetividade surgiria como quarta dimensão do Direito, antecedido pela existência, validade e eficácia. (BARROSO, 2008)

Com esse giro epistemológico, a efetividade busca a máxima realização das normas constitucionais. Nesse contexto, o grande realizador e promovedor da efetividade será o Poder Judiciário que vem encontrando forte resistência nessa seara de atuação, não podendo, entretanto, invadir o campo das políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo, nem a esfera da elaboração de leis, responsabilidade legislativa. Atua tão somente na sua estrita função jurisdicional de promover a harmonia social, mediante os instrumentos disponibilizados pelo próprio Estado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Dignidade da pessoa humana, vetor de orientação do Princípio da efetividade, só se realiza com a concretização de Direitos fundamentais e, entre eles, os sociais. De fato, o orçamento não é abundante e, posto isto, é que se deve trabalhar com mais eficiência na administração pública. O que se constata é que, além da escassez orçamentária, há um mau uso dos recursos públicos que são registrados pelos escândalos sucessivos de corrupção, desvio de dinheiro, fraude em licitações e compra de votos.

É imprescindível que o Judiciário tome posturas rigorosas diante de tal alarmante quadro, pois a harmonia da sociedade depende do bom funcionamento dos três poderes, no contexto do sistema de freios e contrapesos.

A realização da efetividade dos direitos fundamentais é um desafio não só do Poder Executivo, mas do Judiciário, o qual, na era Pós-Positivista, torna-se agente de transformação social, e não apenas mero proclamador de decisões, distantes da realidade fática e que não contribuem com a evolução da sociedade.

É sabido que em uma ordem jurídica plural, a Constituição abriga princípios que atuam em várias direções, gerando conflitos e tensões. Diante disso, cabe ao juiz, ao legislador ou ao administrador atuar com a ponderação necessária, utilizando-se sempre da razoabilidade/proporcionalidade como motor de suas ações.

A tendência de universalizar os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível vem sendo um erro crasso cometido pelos doutrinadores menos atentos que não vislumbram realidades fáticas distintas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Esses conceitos novos ao serem incorporados no rol da doutrina e da jurisprudência de determinada região, devem, de forma paralela, verificar as condições econômicas, sociais, políticas e culturais próprias do contexto onde está inserido o caso concreto a ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Para que a efetividade dos Direitos Fundamentais ou eficácia social exista de fato, as liberdades, que são condições para a realização do mínimo existencial, devem sair do prisma formal pra adentrar num aspecto substancial, conferindo, assim, limites a conceitos doutrinários estrangeiros que se fundaram em realidades distintas, a exemplo do conceito alemão de reserva do possível.

Entender o Direito como ciência social, com bases sociológicas, antropológicas, econômicas, políticas e filosóficas é ultrapassar a barreira formal do positivismo moderno e entrar nessa era frenética, complexa, de avanços tecnológicos, de resultados urgentes, conhecida como pós-modernidade, que se apresenta reavivando promessas e realizando objetivos que se apresentavam muito distantes, tais como construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, isso tudo sobre a égide de fundamentos, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A grande reflexão dessa era é que esses objetivos e fundamentos são responsabilidades dos governos e sociedades presentes e não dos futuros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 ago. 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF, 45/2004. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.gov.br

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível**. Livraria do advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury ; MAUÉS, Antonio G. Moreira. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; Severo Rocha, Leonel. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MANDADO DE INJUNÇÃO: INSTRUMENTO PÓS-POSITIVISTA DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Jaime Mariz de Faria Jr.[1]
Sabrina Cavalcante de Macedo[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Pós-positivismo; 3. Definição de Mandado de Injunção; 4. Mandado de Injunção frente à Constituição; 5. O controle da Constitucionalidade; 6. A essência da inconstitucionalidade por omissão; 7. Inconstitucionalidade por omissão – comparação com o Mandado de Injunção; 8. O poder judiciário diante do mandado de injunção; 9. O mandado de injunção e seu procedimento; 10. Mandado de injunção como instrumento pós-positivista; 11. Considerações finais. 12. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Pós-positivismo traz uma inovação na hermenêutica jurídica, direcionando a interpretação para a concretização da norma constitucional e garantindo sua efetividade. O trabalho a seguir faz uma breve abordagem sobre o pós-positivismo, apontando suas principais características e seus ideais. Após essa rápida explanação, o foco passará ao mandado de injunção, remédio constitucional de eficácia imediata introduzido pela Carta de 1988 com o fim de se evitar a não-aplicação da norma constitucional de eficácia limitada por falta de lei regulamentadora infraconstitucional.

2 PÓS-POSITIVISMO

O movimento constitucionalista atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade ou constitucionalismo liberal, a modernidade ou constitucionalismo social, e a pós-modernidade ou constitucionalismo neoliberal, também chamado de pós-positivista. O pós-positivismo surge em resposta ao dogma positivista contrariando suas características de cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude. Ao direito não cabe mais uma visão de ciência neutra e objetiva, uma vez que não podemos atribuir-lhe, como ciência humana que é, aspectos inerentes às ciências naturais. Por ser um produto do

1 Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Engenheiro Eletrecista - UFRN.

2 Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Médica Cirurgiã - UFRN.

meio social, representando e resguardando seus valores e anseios, e sendo a sociedade dinâmica, o Direito também precisa ser dinâmico, seu conteúdo deve estar em conformidade com as necessidades e valores sociais, acompanhando suas transformações. Para isto, o Direto não pode valer-se de uma ciência autônoma. Deve manter contato íntimo com as outras ciências humanas, a fim de alcançar e de acompanhar o ritmo das transformações sociais.

O pós-positivismo busca a concretização do Direito Constitucional, dando-lhe máxima eficácia. O Direito deixa de ser um discurso legitimador das forças sociais dominantes, passando a instrumento de transformação social. Significa dizer que, através de uma nova hermenêutica, os valores presentes na Constituição, antes percebidos como meros ideários, passam a objeto de concretização para o aplicador do Direito. Ou seja, a Constituição sai do papel e toma forma na vida real. Essa nova Hermenêutica trabalha com a aplicação da norma ao caso concreto, produzindo-se assim, o Direito. Trata-se de uma nova abordagem interpretativa que não exclui a tradicional, mas a completa, na qual a prioridade consiste em garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais, através de uma interpretação principiológica ou valorativa. Representa, portanto, uma reaproximação do Direito com a ética e a moral, cujo vínculo havia sido rompido pelo cientificismo positivista, reintroduzindo, assim, as ideias de justiça e legitimidade.

Apesar de o pós-positivismo ter conquistado seu espaço com a queda do fascismo e do nazismo, marcos da decadência do positivismo, o neo-constitucionalismo só começou a ganhar força no Brasil com a Constituição de 1988. Nesta Carta, o constituinte previu meios caracteristicamente pós-positivistas de garantir a supremacia da constituição no nosso ordenamento jurídico e de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. A posição da Constituição no centro do sistema jurídico, irradiando seus princípios e valores por todo o ordenamento, o que favorece sua concretização, é garantida pelo controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Já a efetividade dos direitos fundamentais está assegurada através de quatro remédios constitucionais: mandado de segurança, *habeas corpus, habeas data* e mandado de injunção. Este último será objeto de nosso estudo mais adiante.

3 DEFINIÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

No ensinar de José Afonso da Silva, o mandado de injunção "Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição." (SILVA, 1996)

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO FRENTE À CONSTITUIÇÃO

A previsão do mandado de injunção, no ordenamento pátrio está insculpida na Constituição Federal, no Título II - "DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", Capítulo I – "DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS", mais precisamente no artigo 5º, inciso LXXI, com a seguinte redação:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]
> LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...] (BRASIL, 2008)

Assim, são pressupostos do mandado de injunção a falta de norma regulamentadora de um preceito constitucional e a inviabilização do exercício de um direito ou liberdade constitucional, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrente dessa falta de norma regulamentadora.

5 O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Com o escopo de garantir a Constituição como um todo, foram criados mecanismos destinados a impedir a permanência de normas jurídicas contrárias ao seu texto ou ao seu espírito. Sobre isso, afirma o Professor Michel Temer que:

> Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando, a Constituição, o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica, infraconstitucional, haverá de obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle da constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador. (TEMER, 2002, p. 45)

A grande novidade introduzida pela Constituição brasileira é o controle da inconstitucionalidade por omissão. Assim, com a introdução desse controle, responde o sistema brasileiro à preocupação com a grave problemática da inércia dos poderes constitucionais no tocante à implementação e cumprimento de disposições constitucionais, que vem encontrando eco nas últimas décadas.

6 A ESSÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. A inércia da omissão traduz uma inatividade consciente na aplicação da Constituição. Podemos pensar que a omissão foi criada em razão da carência de órgãos especializados para o debate, o enfrentamento das lides constitucionais. Outro motivo que deve ser influenciado em sua criação é a sistemática negação dos preceitos constitucionais programáticos.

A linha de comando sugerida pela inconstitucionalidade por omissão se verifica toda vez que determinada norma regulamentadora de certa relação jurídica seja descumprida pelo destinatário. Em outras palavras, quer nos parecer que aquele que deveria dar implemento à vontade constitucional não o fez.

7 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – COMPARAÇÃO COM O MANDADO DE INJUNÇÃO

A inconstitucionalidade por omissão tem a sua "*ratio essendi*", assim como o mandado de injunção, na necessidade de concretização das normas constitucionais. Via reflexa, para que os direitos não restem letra morta por ausência de lei integradora, criou-se a inconstitucionalidade por omissão. A mera instituição da inconstitucionalidade por omissão, contudo, não resolve o problema do silêncio do legislador, ao menos totalmente. Para suprir essa deficiência, o constituinte incluiu na Constituição Federal o mandado de injunção.

A ação de inconstitucionalidade por omissão configura instrumento de controle abstrato da constitucionalidade voltado para a defesa ("integridade") da Lei Fundamental, sem a necessidade de estar configurada uma violação concreta a um direito individual. Por sua vez, o mandado de injunção consiste em um remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora infraconstitucional. Ele busca uma solução para o caso concreto.

Em relação à legitimidade, o mandado de injunção pode ser intentado por qualquer pessoa, enquanto que a ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão é restrita aos entes enumerados no art.103, I a X, CF.

Já em relação à competência para julgamento, na ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão, ela é exclusiva do Supremo Tribunal Federal; enquanto no mandado de injunção, além da competência originária do Supremo Tribunal Federal, há fixação de competência para julgamento pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A conclusão a que se chega, traçando um paralelismo entre as duas ações, é que eventualmente pode ocorrer superposição entre o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. Eventualmente, sim, porque a inconstitucionalidade por omissão não é coativa por si, ao passo que o mandado de injunção o é.

8 O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O Poder Judiciário, diante do mandado de injunção, tem um desafio prático de monta em suas mãos. Foi extremamente enfatizado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tanto que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. O princípio veio atender à nova realidade normativa constitucional plena de valores até então inexistentes, a exemplo dos direitos coletivos e difusos. O Estado Juiz tem o dever de verificar se o direito existe, determinar o sentido da norma jurídica aplicável e compatibilizá-la ao fato "*sub judice*".

O instituto não subverteu o princípio da separação dos poderes, nem promoveu uma inversão ou invasão de tarefas do Legislativo ao Judiciário. O ordenamento constitucional determinou tal competência ao Poder Judiciário. Face à disposição da injunção, o juiz tem o dever, uma vez atendidos os dispositivos da impetração, traduzidos em seus pressupostos, de conceder a ordem, sob pena de responsabilidade funcional. O fato incontestável está na possibilidade atribuída ao Poder Judiciário de criar o direito, entendida esta criação, nos moldes a atender ao pedido formulado na inicial desta ação constitucional, desde que logicamente atendidos os seus pressupostos.

Dentro desta perspectiva, parece-nos que o sistema jurídico brasileiro, permite a aplicação da equidade. A propósito, não é necessário cumprir rigorosamente a ordem de preferência prevista na LICC, em seu artigo 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Vários argumentos apontam esse entendimento. Não se trata no mandado de injunção de uma omissão de lei, mas de forma regulamentar, a lei já existe. O que obstaculiza a fruição do direito é a ausência de norma regulamentar. Isto não significa que a norma do artigo 4º da LICC não possa ser utilizada.

9 O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEU PROCEDIMENTO

O processo, em sua fase de desenvolvimento, "deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para transformar-se em instrumento ético e político de atuação à justiça e de garantia de liberdade", como verberam Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 61).

O Poder Judiciário deve, ao conceder a tutela no caso da injunção, ter muito presente que se trata de ação constitucional apta à efetivação do direito constitucional das pessoas. Assim, o processo não pode ser um empecilho, um caminho árduo, mas sim flexível para o atendimento do desiderato constitucional e do pedido do impetrante.

Como exposto anteriormente, a Constituição prevê que qualquer pessoa poderá ajuizar o mandado de injunção, constituindo, assim, seu polo ativo. No tocante ao polo passivo da ação, somente a pessoa estatal poderá ser demandada e nunca o particular. Ou seja, os entes estatais é que devem regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, como o Congresso Nacional.

O objeto do mandado de injunção será sempre a criação de norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante pelo juiz, de molde à obtenção da satisfação do pedido, que necessariamente advirá de norma constitucional ou infraconstitucional, desde que atendidos os pressupostos do artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna. O juiz deverá avaliar quem é o responsável direto pela omissão e, nos termos do pedido, notificar o impetrado e, posteriormente, conforme o caso concreto, os assistentes ou interessados na ação. Somente o diretamente vinculado à omissão pode ser condenado a cumprir a decisão.

No que tange à competência, esta vem prevista nos: art. 102, I, "q", II, "a"; art. 105, I, "h"; art. 121, § 4°, V; e art. 125, § 1° da CF. Assim, compete ao STF a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente e em recurso ordinário, o mandado de injunção. A competência será do STJ quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. O TSE também será competente quando se tratar de recurso de mandado de injunção denegado pelo TRE. No Estado de São Paulo, o mandado de injunção contra autoridades estaduais e municipais é da competência originária do TJ.

No tocante aos efeitos da decisão, tanto a doutrina como a jurisprudência são controvertidas. Analisando a jurisprudência pátria, podemos assim sintetizar os diversos posicionamentos construídos sobre o tema:

Posição concretista geral: através da normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão, efeitos ***erga omnes*** até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo;

Posição concretista individual direta: a decisão, constituindo o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;

Posição concretista individual intermediaria: julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;

Posição não concretista: a decisão apenas decreta a mora do poder omisso, reconhecendo a sua inércia.

A posição predominante do STF vinha sendo a não concretista, mas, recentemente, suas decisões vêm se inclinando fortemente no sentido concretista.

10 MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO PÓS-POSITIVISTA

Apesar de o STF ter, no decorrer dos anos, posicionado-se predominantemente pela posição não concretista, decretando apenas a mora do poder omisso, recentemente, ocorreu uma virada jurisprudencial, já que a Suprema Corte legislou positivamente ao determinar a aplicação da lei 7.783/89 (lei de greve relativa aos trabalhadores em geral), à greve dos servidores públicos civis, enquanto o Congresso Nacional não editasse a norma regulamentadora do art. 37, VII, da CF. Essa posição foi revista com votos favoráveis a uma solução normativa concretizadora. Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro; bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e ratificou a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, decisão concretista de eficácia ***erga omnes***.

Outro exemplo dessa nova orientação da Corte Constitucional foi apreciado no julgamento do MI n. 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, em trinta de agosto de dois mil e sete. Nessa ação, uma servidora pública federal pleiteou o reconhecimento do seu direito à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional autoriza, nos termos a serem definidos em leis complementares, a adoção de requisitos e critérios

diferenciados para a concessão de aposentadoria no caso de servidores públicos cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Após comprovar ter trabalhado por mais de vinte e cinco anos em atividade considerada insalubre, a servidora requereu o seu direito à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, embora as referidas leis complementares ainda não tenham sido elaboradas pelo legislador infraconstitucional. O tribunal Supremo julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela servidora para reconhecer o seu direito à aposentadoria especial, determinando de forma mandamental que, em face da inexistência das leis complementares requeridas pela Constituição federal, seja adotada, na concessão do beneficio à servidora, a regra legal aplicável ao regime geral de previdência social (Lei n. 8.213/1991, art. 57), decisão individual direta.

Ao assumir tal posição, o STF deu concretude ao conteúdo da norma constitucional em estado latente, tornando-a efetiva. Essa decisão do STF caracteriza-se pelo uso de uma hermenêutica de cunho pós- positivista, podendo representar apenas, o início de uma época, na qual a prioridade do judiciário será a garantia dos direitos fundamentais através da concretização das normas constitucionais.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de criar o Direito, ultrapassando os limites do silogismo formal ou da simples aplicação da lei ao caso concreto. Essa possibilidade é reconhecida através do mandado de injunção, remédio constitucional previsto no art. 5°, LXXI. Através do mandado de injunção, torna-se possível ao judiciário a efetivação da lei Constitucional de eficácia limitada, antes impossibilitada pela ausência de norma regulamentadora. Trata-se de um instrumento que visa, através da eficácia social da norma constitucional, garantir a efetividade dos direitos fundamentais, ideal do pensamento pós-positivista. Assim, com o novo caminho que vem sendo trilhado pelo STF, ao admitir a possibilidade de decisão concretista para o mandado de injunção, acreditamos ser possível o desenvolvimento de uma nova hermenêutica direcionada à criação de um Direito transformador, voltado à construção de uma sociedade regida pelo princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 200-208.

ALVES JR., L. C. M. **O Mandado de injunção**. Disponível em: <http//:www.cafefacil.com.br>.
Acesso em: 01 ago. 2008.
ARAGON, C. S. **Mandado de injunção**. Disponível em:<http//:www. *jus2.uol.com.br/doutrina/.*
Acesso em: 01 ago. 2008.
BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
BRASIL.Constituição (1988) 6. ed.São Paulo: Saraiva, 2008.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em:< http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 01 ago. 2008.
DUARTE, J. F. **Tradução da obra de Hans Kelsen**: teoria geral das normas. Porto Alegre: Fabris, 1986.
FERRAZ, A. C. C. **A inércia no plano constitucional**. RPGESP, 1990.
FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos**: um estudo de direito constitucional comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
GRINOVER, A. P; CINTRA, A. C. A; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
LENZA, P. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.
SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
STRECK, L. L; ROCHA, L. S**. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. Cap. VIII.

A CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA DE SCHLEIERMACHER: UM ENSAIO EPISTEMOLÓGICO POSITIVISTA ANTE A TRANSGRESSÃO HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Rodrigo Ribeiro Romano[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Da importância da hermenêutica filosófica; 3. Do pensamento hermenêutico de Friedrich D. E. Schleiermacher; 3.1. A essência hermenêutica; 3.2. Normas que permitem a interpretação; 4. Da constatação de influências comuns das escolas jurídicas: histórica do direito e exegética; 4.1. A escola exegética; 4.2. Escola histórica do direito; 4.3. Dos elementos shleirmacherianos; 4.3.1. A influência sobre a escola exegética; 4.3.2. A influência sobre a escola histórica do direito; 4.3.3; Círculo hermenêutico. 5. Da conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, romperam-se velhos paradigmas, transgrediram-se algumas relações sociais a muito estabelecidas e emergiu um novo e amplo processo de crítica e construção de identidade social. O Direito, seguindo este fluxo, já não cabia mais na perspectiva Positivista. Fazia-se necessária uma crítica a antigos, como também, recentes, pontos basilares de legitimação do Direito. Desta feita, foram questionados alguns pressupostos anteriormente fixados tais como a quase absoluta aproximação entre Direito e norma, bem como a rígida separação entre o universo Ético e Jurídico. Não obstante, a moderna crítica a alguns pilares Positivistas não seria de certa forma, uma solução razoável, um retorno ao puro e simples jusnaturalismo, nem aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos que lhe são peculiares. O contexto social contemporâneo é, antes de tudo, pragmático por excelência. O Positivismo, como construção jurídico-filosófica, compartilha essa tendência tecnicista. Assim, o movimento Pós-Positivista, resultado de importantes indagações e críticas, preocupou-se por aliar as perspectivas Positivistas, conceitos como ordenamento jurídico positivo, por exemplo, as idéias de justiça à legitimidade normativa. O Constitucionalismo Moderno, uma reavaliação jurídica sob o olhar Pós-Positivista, procura na reaproximação entre Direito e Ética, materializar, por meio de conceitos jurídicos, valores compartilhados por toda a comunidade em um dado momento e local, protegidos implícita ou explicitamente na

1 Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte e do Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

Constituição. Assim, o presente artigo pretende, a partir de uma visão filosófico-crítica da realidade jurídica do século XIX, delimitar parâmetros, os quais servirão de muita valia para a edificação do paradigma Pós-Positivista, uma vez que este utiliza de perspectivas filosóficas próprias do período moderno, como por exemplo, a Hermenêutica Filosófica. Ora, o perfeito transcender somente se faz mediante a crítica do estabelecido, portanto, é de extrema importância o entendimento das potencialidades da conformação epistemológica anterior. A Hermenêutica Constitucional somente pode ser definida pela compreensão da Hermenêutica Positivista.

Desta feita, o presente artigo ao estabelecer uma crítica à metodologia proposta pela ciência jurídica de escolas como a Histórica do Direito, alemã, e a Exegética francesa, pretende perquirir a real influência do pensamento hermenêutico filosófico, na figura do filósofo Schleiermacher, na interpretação das normas jurídicas (diante da constatação dos elementos de sua teoria hermenêutica) e, por conseguinte, constatar que no plano hermenêutico não seria concebida nenhuma proposta antagônica. A premissa fundamental do presente artigo é a da importância da Filosofia Hermenêutica para construção do pensamento Jurídico Moderno.

Para melhor compreensão do tema, o artigo será dividido em quatro partes, a saber:

a) Da Importância da Hermenêutica Filosófica, tópico este em que serão apresentadas as diversas perspectivas do pensamento Hermenêutico[2];

b) Do Pensamento Hermenêutico de Friedrich D. E. Schleiermacher, que estabelecerá algumas premissas acerca do sistema Hermenêutico do filósofo alemão;

c) Da Constatação de Influências Comuns das Escolas Jurídicas: Histórica do Direito e Exegética, tópico de capital importância, posto que a partir de uma análise do pensamento das duas escolas jurídicas de maior influência no século XIX, então antagônicas, poderão perceber uma unidade de pensamento no que se refere à seara Hermenêutica;

d) Da Conclusão, que, diante da afirmada crítica estabelecida pelo artigo, percebe novas propostas à temática Pós-Positivista, visto que define uma premissa Positivista, em virtude de um pensar Filosófico-Hermenêutico.

2 Não obstante, deve-se de antemão deixar bem claro que não se pretende neste presente artigo, estabelecer uma cadeia evolutiva de pensamentos, cada qual será analisado diante de sua importância histórica, a transgressão refere-se à construção de um novo momento do pensar e não de uma submissão do anterior ao posterior.

2 DA IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A concepção da palavra hermenêutica é obra da modernidade (mais precisamente no século XVII) foi empregada como título de um livro, a saber, *Hermenêutica sacra sive methodus exponendarum sacrum litterarum*, de Johann Conrad Dannhauer, quando da apresentação de sua teoria da interpretação. Ora, surgimento de uma palavra, o neologismo, não indica que o sentido pelo qual a coisa designa já não o tenha existido anteriormente. A premissa apresentada em tese é decorrente das investigações de Jean Grondin - a hermenêutica como a *ars interpretandi* é, destarte, transgressiva à proposta a priori anunciada, a qual atribuía a Lutero a revitalização da arte da interpretação. Com notoriedade, no mundo acadêmico, foi estabelecida desde G.Ebeling a distinção de três orientações do significado *ermeneúein*: expressar (dizer, falar), expor (interpretar, explicar), e traduzir (ser intérprete). Segundo Jean Grondin, não é difícil perceber que o traduzir pode ser correlacionado com o interpretar (expor), uma vez conferir aos sons estranhos uma familiaridade, compreensibilidade. Como também se pode constatar um denominador comum entre expressar e interpretar, pois ambos tratam de um movimento mental semelhante, de tornar-se compreensível, contudo o primeiro orienta-se para fora, enquanto o segundo procura desvendar a expressão externada em seu conteúdo interno, assim movimenta-se para dentro. Desta feita, fica visível a justificativa da concepção grega em pensar o expressar como um "interpretar", como **ερμηνευειν**. O discurso transpunha o pensamento em palavras, daí verifica-se a intima correlação entre linguagem e pensamento (GRONDIN, 1999).

A modernidade concebeu um sentido mais restrito à palavra hermenêutica: a arte da interpretação. Intentava-se promover uma ciência que apresentasse regras para uma exposição do verdadeiro sentido dos trechos dos textos. Tal normatividade, bem como técnica, estava inserida dentro de uma cadeia hierárquica das ciências (fenômeno típico da modernidade), conferindo uma existência de disciplina auxiliar. Desde sua reconfiguração na Idade Moderna, a Hermenêutica encontrava-se muito restrita, apresentada como uma particularidade de conhecimentos inseridos dentro de um novo *Organon* de saber, que substituísse ou completasse o aristotélico, tão enfatizado ao final do período de predominância do conhecimento escolástico. A importância da Hermenêutica desde então passou a aumentar continuamente. Diante da Crítica Kantiana, e posteriormente, da perspectiva Historicista, a doutrina passou por seguidas adaptações importantíssimas para a configuração do entendimento da, assim denominada, Hermenêutica Filosófica.

A Hermenêutica Filosófica possui data muito mais recente. Creditada a Hans-Georg Gadamer, bem como a Paul Ricoeur. Encontra-se como ramo da

Filosofia que busca a investigação da verdade em razão da elaboração e interpretação de conceitos, busca de sentidos e significados. Assim, "tanto na palavra *sentido* como na palavra *significado* está implícita a ideia de linguagem como um todo. Se precisamos do sentido e do significado para conhecer, isto significa que precisamos da linguagem para podermos conhecer" (STEIN, 1996, p.26).

Desse modo, a hermenêutica é construída de modo a situar antes da operação cognitiva, e como uma questão anterior, apresenta-se como condição de possibilidade do discurso humano. Ora, além do próprio ato de conhecer, abarca a expressão, a enunciação do pensamento, interpretação do sentido ou do significado de todas as formas de comunicação humana. A universalidade conferida à Hermenêutica, diante disso, é representada para além da dimensão proposta anteriormente (como técnica de compreensão de um discurso), como compreensão em seu sentido mais existencial, a partir de uma análise fenomenológica do fenômeno originário da interpretação. Ou seja, a doutrina não mais ensina o como se deve interpretar, mas como de fato se interpreta, assenta-se uma mudança de foco.

Consoante com tal perspectiva, Palmer (1999, p.19) afirma que "a hermenêutica chega à sua dimensão mais autêntica, quando deixa de ser um conjunto de artifícios e técnicas de explicação de texto e quando tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação".

Não obstante a preceituação da Filosofia Hermenêutica apresentada por Gadamer como ramo do conhecimento filosófico destinado a perquirir a verdadeira amplitude e significados da linguagem humana, da interpretação em si mesma, ainda resta notar a proposta apresentada por Grondin. As concepções anteriores de hermenêutica ainda não haviam entendido em dimensão de universalidade o termo de forma a configura-se como uma filosofia, muito embora tais pensamentos houvessem colaborado de forma decisiva para o desenvolvimento de uma consciência da questão hermenêutica na filosofia. Verifica o Mestre existir uma a noção mais ampla da Filosofia Hermenêutica do que a apresentada por Gadamer, posto que o horizonte que abraça a obra estaria a pretender esclarecer a fundamentação e comprovação da pretensão da universalidade Hermenêutica.

Ainda que se estabeleçam diversas perspectivas não se pode olvidar a da importância do pensar hermenêutico. A premissa, em tese, permite a compreensão existencial do homem, de sua condição crítica por excelência. A funcionalidade da Filosofia Hermenêutica, segundo Grondin (1999), permite supor, por exemplo, a dependência secreta à Metafísica pelo Historicismo, quando tenta legitimar uma verdade supratemporal legitimadora que não seja relativa. Esta, por sua vez, estaria na própria pretensão de rejeição do histórico pelo historicismo.

A Hermenêutica Filosófica procura esvair a obsessão metafísica do supratemporal, para se dedicar ao problema da temporalidade. Contudo é bom deixar expresso que o se inserir na finitude[3] não se trata de um pensamento acrítico. É de uma pretensa arbitrariedade pensar que um ser inserido no tempo não disponha de nenhum meio de crítica (GRONDIN, 1999). A crítica é decorrente da própria natureza do homem, "porque estão sujeitos ao tempo e só podem agir contra o mal em nome de seus interesses e aspirações, que só podem ser pensados como temporais" (GRONDIN, 1999, p.40), ele não é, portanto, decorrente de um mero pensar atemporal.

Por fim, diante do exposto, resta diante da seguinte constatação, pontuada pelo eminente Gadamer, como bem observou Brenno Dischinger, quando da apresentação da versão traduzida da obra extensamente citada,

> a hermenêutica filosófica possui, realmente, uma tarefa crítica e não se restringe, como ocorria em outras épocas, a uma teoria ou metodologia de compreensão e interpretação da fala e do texto. Cabe, além disso, à hermenêutica filosófica, determinar o verdadeiro sentido das ciências do espírito e a verdadeira amplitude e significado da linguagem humana. (GRONDIN, 1999, p.15)

A conseguinte ilação: da compreensão da linguagem humana pode-se, portanto, entender as potencialidades do discurso, essências para o desenvolvimento das diversas possibilidades do homem, como ser histórico por excelência. E como o Direito habita o discurso humano, a Filosofia Hermenêutica buscará (não mais como um método cientifico auxiliar utilizado para perquirir o significado das palavras obscuras) nessas diversas potencialidades de entendimento aquelas que pretendam conferir o desenvolvimento das diversas possibilidades humanas direcionadas para o preenchimento da ânsia pela segurança de espírito aliada à justiça.

3 DO PENSAMENTO HERMENÊUTICO DE FRIEDRICH D. E. SCHLEIERMACHER

Como foi dito acerca das concepções previamente firmadas sobre hermenêutica, para o desenvolvimento de uma consciência da questão

3 A idéia de inserção decorre da perspectiva Heideggeriana, a fenomenologia deste filósofo, ao contrário da estabelecida por Husserl, parte do mundo da vida e tem como fundamento ontológico a facticidade da existência humana e, desta feita, rompe com a Metafísica do idealismo especulativo. (SILVA FILHO, 2006).

hermenêutica na filosofia e construção posterior de uma Filosofia Hermenêutica, fez-se necessário todo um debate em torno do termo hermenêutica, em especial, quanto à sua atribuição dimensional de universalidade.

O pensamento Moderno, à sua maneira, procurou oferecer à Hermenêutica o caráter de ciência auxiliar que procurasse estabelecer regras para a exposição do verdadeiro sentido e alcance das expressões contidas das formulações teóricas do conhecimento científico. Assim, estava inserida a preocupação essencial com a configuração das idéias sobre Hermenêutica pelo filósofo Friedrich Schleiermacher. Apesar de verificar uma pretensão de universalidade à Hermenêutica, conferida por Grondin (1999) como idéia chave para aspiração filosófica do tema, não alcançou tamanha totalidade tal que se conferisse um caráter filosófico ao pensamento.

O presente tópico proposto, por motivos de ordem didática, para o desenvolvimento do tema irá se subdividir, expondo as condições que conferem a ideia de essência da hermenêutica em Schleiermacher e, por conseguinte, diante de tal justificativa, oferecer as regras que serviriam de método para outras ciências, notadamente, a Teologia, a Filologia, bem como o Direito.

3.1 ESSÊNCIA DA HERMENÊUTICA

Tomando como base a concepção de essência (fundamento) como propósito, razão do Ser, a Hermenêutica, para Schleiermacher, tinha como intento a reconstrução do sentido original do texto. A arte da interpretação, desta feita, também como doutrina normativa necessitava da elaboração de condições que conferissem tal perspectiva.

O ideal exegético de reconstrução do sentido original que se apresenta para o autor é, contudo, diferente do anterior experimentado pelo Racionalismo. A hermenêutica iluminista tinha como pressuposto a idéia de que a compreensão produzia em si mesma, pois existia uma identidade da linguagem e do modo de combinação dos pensamentos. A crítica Kantiana, virada epistemológica, ao estabelecer parâmetros de validade para o conhecimento, inverteu "a relação entre uma teoria do conhecimento e uma teoria do ser; deve-se medir a capacidade do conhecer antes de enfrentar a natureza do ser" (RICOEUR, 1977, p.20), como que por uma Revolução Copérnica. Desta feita,

> se nosso acesso ao mundo, e ao nosso caso ao texto, ocorre sempre através de uma interpretação ou de um parecer subjetivo, então a reflexão filosófica que pretende ser originária, deve iniciar por este sujeito. Em sua esfera deve, por exemplo, ser levantada a questão, como pode e se realmente pode ser obtida a objetividade em

> assuntos científicos ou hermenêuticos. Neste sentido, a definição de hermenêutica como arte da *compreensão*, de Schleiermacher, incorpora algo novo. Ela tem, no entanto, como pressuposto, a ruptura com o acesso ao mundo, a qual se dá de modo não problemático e puramente racional (GRONDIN, 1999, p.119).

O mal-entendido, portanto, passa a ser a regra e não mais a exceção (diante da perspectiva de desconfiança basilar sobre a compreensão imediata do homem) para evitá-lo se faz necessária a aplicação de normas interpretativas legitimadoras do entendimento. Nota-se, portanto, que a pratica metódica está previamente determinada pela necessidade de justificação racional e consciente da operação racional, da diferença entre a língua e o modo de combinação dos pensamentos. Busca-se identidade, reconstrução.

A reconstrução do sentido originário do texto, para Schleiermacher, devia se pautar sob duas condições, uma gramatical e outra psicológica, as quais quando supridas permitiriam a plenitude da compreensão:

> Quando a diferença acima indicada entre o lado mais gramatical que visa à compreensão do discurso, partindo da totalidade da língua, e o lado mais psicológico da interpretação, que visa à compreensão do discurso como um ato da produção contínua de idéias, esteja a tão bem fundada na tarefa mesma, de sorte que em toda compreensão completa ambos deverão igualmente estar completos, e que cada operação composta, porém, destinada a conduzir a este fim, deverá seguir de modo tal que o que acontece de um lado se complete por novos passos no outro lado (SCHLEIERMACHER, 2006, p.42).

Tal entendimento é fundamentado através da constatação por Schleiermacher, de que a arte de falar e a arte de pensar estão intimamente ligadas, cada operação, por sua vez, a gramatical e a psicológica pressupõe a outra. Assegura o teólogo que o falar é apenas o lado exterior do pensamento e como a hermenêutica está essencialmente relacionada com a arte de falar, a hermenêutica está conectada com a arte de pensar[4]. Desse modo, a hermenêutica

4 A perspectiva em questão tem base Kantiana, parte da idéia de que o pensamento e a fala são dois momentos, o segundo como externalização do primeiro. A virada lingüística de Heidegger e Wittgenstein quebra esta concepção, uma vez que garante certa autonomia a cada um desses momentos (RORTY, 2002).

encontra a universalidade no pensamento. Percepção esta que possibilitou a unificação das regras para perquirir o sentido dos textos teológicos, filológicos e, em menor grau, jurídicos, posto ser a razão legítima da interpretação.

3.2 NORMAS QUE PERMITEM A INTERPRETAÇÃO

Diante da necessidade de alcançar o sentido do discurso tal qual se previa originalmente, Schleiermacher (2006) estabeleceu métodos normativos que conferiam o objetivo visado. A reconstrução gramatical (objetiva) era definida a partir do conjunto de regras sintático-semânticas da língua, tal qual era praticada pela comunidade de falantes a que pertencia o autor da obra, logo se fazia necessário o domínio do idioma. Subsidiariamente, o sentido da palavra advinha do contexto histórico. A reconstrução psicológica (subjetiva), não obstante, perquiria a ação individual do seu autor, de como o autor opera na linguagem, seu modo particular de uso, os fatores que o determinam, por exemplo. Para o alcance da plenitude do sentido, verificava o entrecruzamento da totalidade objetiva e da subjetiva, e, para tanto, havia necessariamente a utilização dos métodos normativos nos dois pólos. Estes métodos, "para eliminação do estranho", são o Divinatório e o Comparativo; o primeiro busca apreender o individual imediatamente, ao passo que o segundo busca o particular por contraste, a partir de genérico. À vista dessa premissa, pode-se perceber a fundamental influência de Fiedrich Ast para a hermenêutica de Schleiermacher: a dinâmica do circulo hermenêutico. "Este circulo está presente em ambos os aspectos da interpretação, bem como na utilização dos métodos, e refere-se à relação entre o todo e o particular" (SILVA FILHO, 2006, p.15). "[...] como todo menor é condicionado por um maior que, por sua vez, é também um menor, segue-se obviamente que também o particular apenas pode ser completamente compreendido através do todo" (SCHLEIERMACHER, 2006, p.49).

Logo, a compreensão gradual de cada particular e das partes do todo que se organiza em função daquele é sempre provisória. O esclarecimento decorre do avanço em tal procedimento.

4 DA CONSTATAÇÃO DE INFLUÊNCIAS COMUNS DAS ESCOLAS JURÍDICAS: HISTÓRICA DO DIREITO E EXEGÉTICA

Cabe aqui uma incursão no sentido de uma análise inicial das Escolas Jurídicas que predominantemente influenciaram a jurisprudência[5] no século XIX, a fim de constatar como os elementos da teoria hermenêutica de

5 O sentido do termo jurisprudência, em questão, é entendido como ciência do Direito.

Scheleiermacher apresentam-se na metodologia jurídica proposta pela Escola da Exegese e Histórica.

Ante o dito, é mister dividir a exposição em subtópicos:

a) Escola Exegética;

b) Escola Histórica do Direito;

c) Dos elementos Schleiermacherianos.

4.1 ESCOLA EXEGÉTICA

A Escola da Exegese deve seu nome à técnica utilizada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, a qual consistia reduzir o sistema de matérias assumidas pelo legislador a um comentário, artigo por artigo do Código. Constituída em virtude de diversas causas agrupadas em cinco:

a) A Codificação do Direito, que serviu como estorvo ao uso de outras fontes;

b) A mentalidade do jurista dominada pelo princípio de autoridade, no caso, a vontade do legislador que pôs a norma;

c) A doutrina da separação dos poderes, a qual impede a construção do Direito pelo Juiz;

d) O princípio da certeza do Direito, em razão disso, o Juiz deve renunciar a toda contribuição normativa da Lei, somente limitando a tornar explícito, através de procedimentos logísticos, o implícito estabelecido na Lei;

e) A reorganização do ensino superior, posto que, uma vez exercidas as pressões políticas do regime napoleônico, foi determinado que apenas se ensinasse o Direito Positivo, não mais as concepções jusnaturalistas e as teorias gerais do Direito(BOBBIO, 1995).

Desta feita, aliada a concepção ideológica perpetuada pelo movimento romântico da Revolução Francesa (que permitiu a revelação de direitos e garantias individuais), a Escola da Exegese via na aplicação fiel dos preceitos definidos no Código Civil de 1804, a perpetuação das garantias de direitos e liberdades individuais estabelecidas na Codificação Napoleônica pelo Legislador, a qual não podia ser corrompida pelo aplicador da Lei, que tinha como encargo tornar explicita o conteúdo dela, através do seu estudo sistemático.

O culto à Lei substitui um anterior culto ao Direito em si. Ou seja,

> o método jurídico tradicional, clássico ou lógico, tem toda sua atenção, exclusivamente, voltada para a lei. É fruto da preocupação de limitar todo o arbítrio da interpretação, movimentando-se baseado na concepção de que o legislador é o criador de todo o direito. No seu conceito, o direito se identifica com a lei. Parte da idéia

> de que a lei escrita deve satisfazer todas as exigências da vida jurídica, bastando ao intérprete examinar-lhe diretamente o conteúdo, para, com os meios fornecidos pela lógica, tirar conseqüências todas em que dele derivam, sem ultrapassar os limites que lhe animaram a formação. (ESPÍNOLA, 1939, p.289-290, grifo nosso).

Além disso, desta rígida concepção de Direito Estatal de onipotência do Legislador, surge a interpretação da Lei fundada na intenção do Legislador. Ora, se o único Direito é aquele contido na Lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se, assim, natural conceber o Direito como a busca da vontade do Legislador.

4.2 ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO

A Escola Histórica do Direito, surgida no fim do século XVIII e início do século XIX (cuja criação se deveu ao eminente jurista Gustav Hugo) têm como fundamento filosófico imediato o historicismo, e, é tamanha a significância deste pensamento que vê Norberto Bobbio (1995) a aplicação dos traços basilares do movimento filosófico ao estudo dos problemas jurídicos. Desse modo:

a) Da individualidade e variedade do homem, percebe-se que o Direito não é uma idéia da Razão, mas produto da História[6], e, portanto, não é igual em todos os tempos;

b) Da irracionalidade das forças históricas, respalda que o sentimento de Justiça e Injustiça existe gravado no coração do homem e se exprime diretamente nas formas jurídicas primitivas;

c) Do pessimismo antropológico, retratado em Burke, o qual critica os desmentidos desejos revolucionários de alterar o estado de coisas existentes, não acreditando que a Razão Humana pudesse melhorar a sociedade e transformar o mundo (1997). É preciso conservar os ordenamentos jurídicos existentes e desconfiar das novas instituições e das novas inovações jurídicas na sociedade;

d) Do àmor pelo passado, procurou reviver o antigo Direito germânico (os germanistas), bem como significou a tentativa de remontar a "recepção" do Direito romano na Alemanha (os romanistas);

---

6 Há uma distinção entre o Historicismo e o Hegelianismo, embora tais perspectivas compactuem da importância da premissa histórica na construção do Conhecimento, como que uma crítica ao kantismo. A história para Hegel, diferentemente, possui um sentido lógico, um ordem peculiar, que é a dialética.

e) Do sentido da tradição, foi reavaliado o Costume, visto que tal norma Consuetudinária é precisamente uma expressão de uma tradição. O Direito se revestia da peculiaridade do povo, tal qual a língua, a constituição política, por exemplo.

No acirrado debate[7] relativo ao movimento de Codificação das normas civis na Alemanha, Savigny chegou a afirmar que a Alemanha de sua época não se encontrava em condições culturais tais que possibilitassem uma codificação, pois, ao contrário, estaria passando um período de decadência, principalmente em respeito à ciência jurídica. De acordo com o parecer de Bobbio (1995, p.61):

> Se analisarmos um pouco mais a fundo o pensamento do autor, veremos entretanto que por trás da hostilidade frente à codificação por motivos históricos existe uma oposição propriamente dita de princípio. Para que, de fato, tal oposição não fosse absoluta, Savigny teria de indicar uma fase histórica favorável para uma obra de legislação geral; mas, segundo ele uma época favorável não existe jamais. [...] Numa época de declínio da cultura jurídica, enfim, a codificação é danosa, porque cristaliza e perpetua um direito já decadente; assim, a compilação justiniana transmitiu aos pósteros o direito romano não na sua pureza clássica, mas tal qual já vinha se corrompendo nos últimos séculos do próprio Império.

Desta feita, para Savigny, fazia-se necessário promover o vigorosamente o renascimento e o desenvolvimento de Direito Científico, o Direito por obra da jurisprudência (Ciência do Direito).

4.3 DOS ELEMENTOS SCHLEIERMACHERIANOS

A percepção de que tais Escolas não eram, todavia, contrarias entre si já foi constatada. Na seara jurídico-política, Bobbio (1995) vislumbra que embora a Escola Histórica se opusesse à codificação, partilhava das mesmas exigências encontradas na base do movimento de codificação perpetuado pela Escola da Exegese, a saber: dar a uma determinada sociedade um Direito unitário e sistemático. Eram ambas fruto do Positivismo Jurídico então florescente. Contudo, o presente artigo entende perquirir um além mais, posto a temática tratada diz respeitar a Hermenêutica.

---

7 Debate este travado entre os juristas THIBAUT e SAVIGNY.

Do exposto sobre Schleiermacher (2006), é dever ressaltar, inicialmente, sua concepção de que a interpretação seria a reconstrução do sentido original do discurso. Mesmo estando esse ideal exegético vinculado a condições gerais que garantam validade ao interpretado, há, sim, um forte sentimento de busca do Perfeito, uma saudade insaciável do que é perfeito. A finalidade de reconstruir o sentido original do texto advém da perspectiva de que este sentido originário é perfeito, e, portanto, deve ser alcançado mediante técnicas hermenêuticas. Nota-se que validamente somente existe uma possibilidade interpretativa: a original. Desta razão, vê-se a função da Hermenêutica nas Escolas Exegética e Histórica do Direito do século XIX, numa continua reconstrução da perfeição do Direito Civil Codificado pelos exegetas, bem como a perfeição do Direito vigente na Alemanha, único, porque histórico, pelos cientistas jurídicos. Este pensamento de busca do perfeito decorre da influência do Romantismo em toda e qualquer Teoria Hermenêutica do século XIX.

É interessante observar que o legislador que estabelecia tanto o texto do Código de Napoleão, como o Direito vigente na Alemanha, não tinha em tese uma permissão de criar Leis de modo genial (nos dizeres de Schleiermacher (2006)), mas estava muito preso a tendências comuns àqueles que criavam, como por exemplo, o procedimento lógico que conduzia a um pensamento universal para o legislador francês, como a intuição do *volksgeist* que conduzia a um pensamento comum ao povo alemão. A reconstrução da vontade racional do legislador e da intuição do "espírito do povo" do legislador eram, em verdade, reconstruções psicológicas dos autores[8]. Esta premissa existe em virtude da constatação de fixação por Schleiermacher pelo novo, pelo gênio do artista, o qual é deveras suprimido na confecção do texto legal. Contudo, não se pode olvidar que o método estabelecido pelo filósofo tem pretensões universais, e como tal, busca tanto a recuperação criativa (genial), como a não-criativa (daqueles autores que somente faziam obras segundo um gênero literário), não-transgressora do comum.

---

8 A Escola Exegética e Histórica do Direito tem como fundamento de seus respectivos métodos jurídicos, figuras metafísicas: o legislador racional e o espírito do povo, que são não obstante retratos impessoais de que dão origem às normas. Contudo, estas figuras nada mais são que padrões de referência para quem de fato produz as normas, são como que tendências genéricas que orientam o ato criativo do verdadeiro autor. A obra de Schleiermacher, não obstante, não despreza o autor que segue o gênero literário, ou seja, aquele determinado pela tendência, uma vez que seus métodos intentam reconstruir tanto a obra de um autor condicionado pelo gênero literário, como o autor transgressor das normas de referencia do gênero. Aliás, fica clara, durante toda a leitura de clássica obra Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação, a gratificante contemplação por Schleiermacher pelo gênio literário.

Diante da complexidade do assunto, se faz necessária outra subdivisão, dentro desta subdivisão, para a paulatina explicação das influencias em cada escola, e ao final, para a noção do pensamento de circulo hermenêutico.

4.3.1 Influência sobre a Escola Exegética

Para os juristas da Escola Exegética, o sentido originário do texto Legal estaria entendido como manifestação escrita da vontade do Legislador. Logo, para se alcançar tal sentido se fazia necessário conhecer a revelação voluntariosa do Legislador (esta vontade era fruto de um procedimento lógico-racional universal em todos os homens), bem como a expressão escrita. Desta feita, cabia a utilização de um aparato técnico-hermenêutico, este seria: o estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade para qual a lei foi produzida, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistêmicas entre uma dada disposição e as outras disposições (BOBBIO, 1995). Assim, pode-se perceber tanto o emprego de reconstruções gramaticais, como psicológicas (dos trabalhos preparatórios, por exemplo).

Além disso, os métodos Divinatórios e Comparativos são amplamente utilizados. Definidos pelo filósofo Schleiermacher como metodologia responsável pela eliminação do estranho (ou seja, pelo manuseio das perspectivas gramatical e psicológica, na reconstrução, para que ambas estejam presentes de maneira plena), são mais facilmente visualizados quando da aplicação da analogia, diante da definição da perspectiva psicológica da reconstrução.

A analogia (um modo de raciocínio), instrumento aplicado, a priori, na integração do direito, não deixa de ser uma interpretação, posto visar uma reconstrução da vontade do legislador, embora que presumida. É, não obstante, uma relação de semelhanças (proporção entre razões), posto consistir na aplicação de uma norma jurídica a um fato não previsto por ela, contudo semelhante aos fatos regulados. A analogia, (DINIZ, 2007), consiste em dois procedimentos, o primeiro constata, por comparação, a existência de semelhança entre os fatos-tipos diferentes; e o segundo, por um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, em vista da decisão jurídica perquirida. Ora, o juízo de valor, não é nada mais que o método divinatório, posto quando o interprete investiga tal relevância está procurando determinar a *ratio legis*, ou melhor, está buscando qual deveria ser o individual imediatamente, no caso, a razão da lei. Tanto o método divinatório participa da reconstrução da vontade presumida da lei, que segundo o parecer de Maximiliano (1980, p.207) a analogia "[...] serve como simples guia, indicador da direção a seguir pra as investigações mais rigorosas; fornece uma dose de probabilidade mais ou menos considerável conforme o grau de semelhança dos objetos comparados, porém não vai além da *probabilidade*".

Ademais, ainda pode ser feita uma ultima consideração. Percebe-se que a Escola da Exegese, ao buscar incessantemente a vontade do legislador na Lei, acabou por considerar a reconstrução psicológica mais importante. Acabou por se rotular como uma Escola que somente buscava o sentido da Lei em fatores Subjetivos, embora deste modo não agisse de fato, pois se assim o fosse, abandonaria os limites definidos no texto legal para somente requisitar a vontade do Legislador, mesmo que *contra legis*.

4.3.2Influência sobre a Escola Histórica do Direito

Para o expoente da Escola Histórica do Direito, Savigny, as fontes do Direito são substancialmente três: o Direito Popular, o científico e o legislativo. O primeiro era comum a sociedades em formação, o segundo das mais maduras, enquanto o terceiro, das em decadência. Diante disso, com vista a evitar uma provável decadência ao Direito da sociedade alemã, foi proposta a promoção de um Direito Científico mais vigoroso (BOBBIO, 1995). Desta feita, fazia-se necessária a sistematização científica do Direito vigente na Alemanha.

De acordo com o parecer de Wieacker (1993, p.430),

> o crescente prestígio da ciência jurídica torna a história do direito privado do início do século XIX numa história de letrados e eruditos, num grau nunca atingido desde os dias dos conciliadores. Nisto influi também a divisão, não só dos historiadores do direito, mas também dos dogmáticos do direito civil, em "romanistas" e "germanistas": uns e outros rivalizando como fundadores e portadores mais autênticos da ciência renovada do direito privado.

Então, passaram a ser estudados tanto o Direito Romano, recepcionado pela cultura Alemã, como também o Direito puramente germânico. A Escola Histórica do Direito descobriu na historicidade do Direito a historicidade do próprio povo, inicialmente de modo implícito e posteriormente expresso, através do conceito de *Volksgeist*, "espírito do povo" (WIEACKER, 1993, p.407). Os institutos jurídicos estabelecidos não eram somente fruto de um procedimento meramente racional do Legislador, mas desenvolvidos através de uma intuição do "espírito do povo", cultura popular. Assim, a interpretação dos textos estava, também, vinculada a reconstrução da manifestação do "espírito do povo" no escrito.

Desta feita, assim a interpretação se estabelecia para Savigny, de acordo com Larenz (1997, p. 13), através da intuição do "espírito do povo"[9], e não mais meramente de deduções lógico-formais. "A única forma em que uma tal convicção logra constituir-se não é, manifestadamente, a de uma dedução lógica, mas a de um sentimento e intuição imediatos".

O "espírito do povo", porque influenciava o Legislador alemão na construção da obra legal, quando intuído, representava a reconstrução do ponto de vista do autor do texto. Desta feita,

> Quando Savigny exige que o intérprete repita no seu espírito a actividade do legislador pela qual a lei surgiu e assim deixe que a lei surja de novo no seu pensamento, exige bem mais do que a verificação de certos factos: exige, nomeadamente, *uma actividade espiritual própria*, que forçosamente o leva além do que porventura o legislador histórico concretamente terá pensado com as suas palavras (LARENZ, 1997, p.16).

O aplicador do Direito, ao interpretar, por compreender tão bem e melhor o que motiva o Legislador, é conduzido a uma interpretação extensiva da Lei. Desta feita, se encontra mais uma máxima de Schleiermacher (2006, p.69): "Deve-se compreender tão bem e melhor que o escritor", a qual, consoante com Grondin (1999, p.128) determina que:

> O objetivo da melhor compreensão só pode ser concebido como exigência otimizada, porque, estabelecida desde forma, trata-se de uma "tarefa infindável", [...]. Se o imperativo da melhor compreensão vier a parecer um tanto exagerado, de acordo com a potencial universalidade do mal-entendido, deve ele, no entanto, ser entendido simplesmente como estímulo ao constante esforço de continuar interpretando.

Do continuar interpretando, para não se tornar redundante, no caso, preso às amarras de um período historio anterior, deve-se ultrapassar o meramente escrito, e assim "ler entre as linhas". (GRONDIN, 1999, p.133).

Contudo, a extensividade da interpretação não se coaduna com um possível entendimento *contra legis*, uma vez que Savigny, não obstante

9 O povo para o Savigny, não se tratava de uma realidade política e social da nação, mas como um conceito de cultura ideal (WIECKER, 1993, p.448).

perspectiva madura, não mais estritamente legalista, reputa quanto a pontos específicos da sua Teoria de Interpretação do Sistema, idéias de seus escritos iniciais, conforme explicitado por Larenz (1997, p.16):

> [...] como objeto da interpretação da lei, a 'reconstrução do pensamento ínsito na lei'. O intérprete deve colocar-se 'em espírito na posição do legislador, e repetir em si, artificialmente, a actividade deste, ou seja, deixar que a lei brote como que de novo no seu pensamento'. Como os quatro 'elementos' da interpretação, voltam a apontar-se o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Mas já não se trata aqui de quatro espécies de interpretação, e sim de 'diferentes actividades que têm de proceder em conjunto, se se pretender que a interpretação chegue a seu termo'.

Esta segunda perspectiva entendida por Savigny configura-se notadamente como uma reconstrução objetiva, verificada em Schleiermacher (2006).

Ademais é necessário ter em vista que a extensão do escrito, por exemplo, pela recuperação psicológica tem como auxílio dos métodos Divinatórios e Comparativos. O "espírito do povo" advém por mera intuição imediata, ora, técnica Divinatória; ao passo que a idéia do fato novo, a ser regulado pela norma omissa, é considerado idôneo a regulamentação deste fato, diante de uma representação que parte do genérico (a lei) e busca o particular (fato) por contraste, Comparativo.

4.3.3 Círculo Hermenêutico

A temática da subdivisão em questão desrespeita a noção de Circulo Hermenêutico, está em jogo à observação desta dinâmica hermenêutica na concepção de interpretar dos nobres juristas adeptos às Escolas então referidas.

De acordo com o jurisfilósofo Ferraz Jr. (2001, p.261), existem concepções distintas para a noção de sistema,

> Para uns, o sistema era a soma de suas partes e a unidade era dada por sua integração segundo um princípio lógico de não-contradição (modelo *mecânico*, cujo parâmetro era o mecanismo do relógio). Para outros, o sistema era mais do que a soma das partes, pois continha im *plus* que garantia a unidade de sentido e que perdia quando o sistema se desmontava (modelo *orgânico*, cujo padrão

> era o organismo biológico e a idéia de *vida* como algo irredutível as suas partes, mas imanentes a ela).

Diante dos fundamentos filosóficos de cada Escola de pensamento jurídico, pode-se perceber que, em virtude do racionalismo e historicismo então influentes, a conceituação do sistema, respectivamente, em modelo mecânico e orgânico se deveu a Exegética e Histórica do Direito.

No pensamento de Schleiermacher (2006), a operação entre a parte e o todo é gradual, diferentemente de Ast, o qual recomendava que de imediato se tivesse um pressentimento do todo[10]. A operação do primeiro é sempre provisória, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, estabelecendo um repetido retornar. Embora argumente o segundo que o procedimento acaba por se tornar mais prático, do ponto de vista de desperdício de etapas, não se pode deixar de perceber sua visão orgânica do todo. Ora, tamanha a imanência da parte ao sistema que logo inicialmente se tem uma visão global. Logo, a interpretação da Escola Histórica de Direito, na premissa dessa subdivisão, tem elementos do círculo hermenêutico concebido por Ast, ao passo que a mecanicidade da operação de Schleiermacher (2006) demonstra claramente sua influência na Escola Exegética de pensamento mecânico, essência do Racionalismo. Ora, pode-se, portanto, perceber que, embora haja uma diferença na qualidade do círculo, na relação do todo com a parte, não há essa diferença no fato de o círculo ser aplicado.

5 DA CONCLUSÃO

No início do século XX, a Hermenêutica avança de forma duradoura para o centro da reflexão filosófica, a partir do pensamento de Martin Heidegger**,** abandonando a ideia de que antes se referia apenas a uma ciência auxiliar a outras ciências. Esta contemporânea concepção se deveu notadamente a uma nova perspectiva derivada de uma crítica à moderna idéia de relação cognitiva entre sujeito de conhecimento e objeto.

A Hermenêutica de Schleiermacher, não obstante, apresenta tal ideal cartesiano, fruto da Filosofia Moderna. A pretensão em reconstruir objeto (o discurso), em virtude de uma metodologia e uma noção de que os conceitos individuais deviam ser apresentados por palavras individuais (SCHELEIERMACHER, 2006), é um exemplo digno de tal perspectiva.

Ademais, não se pode olvidar, a real influência do pensamento Hermenêutico Moderno no entendimento do discurso, e, por conseguinte,

10 O sistema definido em questão como o todo.

na realidade jurídica. Contudo, à vista de uma contemporânea perspectiva Hermenêutica, transgressora de tais pressupostos cartesianos, a influência no Direito se deu de maneira distinta, como se poderá observar a partir do pensamento do filósofo Heidegger.

Percebe-se que a Escola Histórica do Direito e a Escola Exegética, segundo um plano de análise da Hermenêutica, não eram distintas, mas sim que partilhavam semelhanças ontológicas no que diz respeito a elementos da Teoria Hermenêutica de Schleiermacher. Ora, a finalidade do ato de interpretar é a busca da perfeição original através da reconstrução nos planos: objetivo (gramatical) e subjetivo (psicológico). Pode-se perceber a aplicabilidade dos métodos Divinatórios e Comparativos na incessante busca pela compreensão do Direito, bem como, pode-se, ainda, vislumbrar que as noções de sistemas observadas pelas duas escolas não eram de todo antagônicas.

Desse modo, verificando a compatibilidade da Teoria de Schleiermacher com o Pensamento Jurídico Positivista do século XIX, por uma ilação, as considerações acerca de tal Teoria Hermenêutica podem, assim, ser aplicadas ao Positivismo refletido por estas duas Escolas de tamanha valia para a compreensão do Direito tal qual hoje se conhece.

A Hermenêutica como técnica da interpretação seria uma ciência auxiliar à jurisprudência, e teria como finalidade a busca da verdade do texto legal. Uma função meramente Epistemológica. Aceitar a perspectiva instrumental da Hermenêutica é não transgredir. A Hermenêutica, como foi observado inicialmente, sofreu mudanças altamente significativas que não podem simplesmente ser deixadas de lado. O Pensamento contemporâneo vislumbra a chamada Virada Hermenêutica. A Hermenêutica da facticidade.

Revela-se a Hermenêutica da facticidade, como uma luta contra a "auto-alienação", o auto-equívoco, o qual recebe de Heidegger, a terminologia, em *Ser e Tempo*, de decadência. O Dasein, diante desta premissa, não se dá conta de suas mais pessoais possibilidades de transparência, uma vez assumindo a convencional, que o livra do encargo do auto-esclarecimento.

Desta feita, verifica Grondin (1999, p.170) que: "Hermenêutica é, pois, a sentença que estimula a uma ação pessoal de reflexão ou interpretação e, assim, à auto-aplicação. Para isso é preciso penetrar além da fachada do conceito universal, para reconquistar as experiências específicas que nele se manifesta".

A finalidade, não obstante, de uma hermenêutica crítica da facticidade é a destruição das explicações transmitidas e não questionadas pelo Dasein, este desmanchar significa na realidade uma desconstrução da tradição, enquanto e somente quando ela vela a existência para si própria e a livra da necessidade do auto-esclarecimento.

A Hermenêutica vislumbrada pelo Direito nessa atual fase deve seguir esta tendência. Buscar incessantemente a alienação inerente à própria estrutura do Direito. Fugir, portanto, do normativismo abstrato, pretensamente neutro e não condizente com a realidade que anseia pelo acesso à justiça e pela realização de uma comunidade humana mais justa e solidária.

Ora, faz-se necessário transgredir o Direito, e para tal é necessário que, antes de tudo, situe-se o Direito no mundo. Este sincretismo inerente à própria construção da instituição jurídica, que não vive sem a sociedade, é deveras velado pelo Positivismo.

Visto isso, pode-se perceber mais claramente a importante missão do Direito Constitucional ante a transgressão Hermenêutica. Ora, como ramo do Direito de maior contato com as aspirações sociais, cabe ao Direito Constitucional a responsabilidade de situar toda realidade jurídica a quem lhe é subordinada a legitimidade, e deste modo garantir as potencialidades individuais e coletivas. Faz-se necessário perceber, desde já, a Hermenêutica Constitucional, como a Hermenêutica da crítica à facticidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França**. Tradução Renato de Assumpção Faria et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro Freitas Barros, 1939, v. 3.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Ed. 70, 1999.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias.** Tradução Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

RORTY, Richard. **Ensaios sobre Heidegger e outros**: escritos filosóficos. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, v.2.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução Celso Reni Braida. São Paulo: Universitária de São Francisco, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo de boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

WIEACKER, Franz, **História do direito privado**. 2.ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1993.

Impressão e Acabamento

Eis um livro escrito por várias mãos e mentes movidas pelo impulso de homenagear o jurista Paulo Bonavides, o mais reconhecido entre os mais reconhecidos constitucionalistas brasileiros. E são esses mais reconhecidos constitucionalistas do país que preenchem as páginas deste compêndio, com suas reflexões sobre o direito constitucional contemporâneo. Os estudos reportam-se ao tema – o Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista –, tendo a dignidade humana na origem das ideias transformadas em palavras, em frases e em textos, os quais se reúnem nesta obra coletiva de alta relevância para todos os que se dedicam ao Direito, transitam nos Fóruns e pugnam pela Justiça.

No conjunto, o guia condutor da elaboração jurídico-literária é um só, mas são múltiplas as abordagens e diferentes são as faces que se refletem nas águas de um mesmo rio. Cada autor com sua estrofe, com seu compasso ou com seu ritmo, mas todos unidos na harmonia de um só cântico, o cântico dos Direitos Fundamentais do Homem, do qual Paulo Bonavides é a magna expressão brasileira, pela sua obra jurídica universal e perene. O insigne jurista J. J. Gomes Canotilho, Professor da Universidade de Coimbra, está presente com uma exponencial peça sociojurídica, sob o título "O ativismo judiciário – entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza". São tantos os nomes de destaque do Direito Constitucional do Brasil e são tantos os estudos relevantes aqui presentes que este livro se torna essencial nas diversas estantes forenses. Não para ser somente mais um nas prateleiras, mas para ser lido e consultado com frequência, pois é fonte de altos saberes jurídicos criados por uma elite de mestres.

A inspiração dos autores foi, certamente, a tese da liberdade e da justiça social que permeia a produção intelectual e jurídica do maior constitucionalista brasileiro. Aí está a garantia da perenidade desta obra. Enquanto os homens não desistirem de buscar melhores meios para assegurar o direito à cidadania plena, os pensamentos expostos nestas páginas estarão aptos a oferecer boas e úteis reflexões. Da mesma forma que a obra de Paulo Bonavides é imorredoura, o conteúdo deste compêndio, por ser imanente, é também intemporal e definitivo.

Daladier Pessoa Cunha Lima
Reitor da FARN

Este livro reúne as contribuições dos conferencistas, palestrantes e coordenadores científicos presentes no I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional – O novo constitucionalismo na era pós-positivista, realizado em Natal-RN no ano 2008. O tema do congresso foi a importância da obra do Professor Paulo Bonavides na construção do constitucionalismo contemporâneo, visando propiciar uma reflexão sobre os princípios constitucionais e a hermenêutica jurídica. Todos os estudos têm um objetivo comum: a concretização do princípio da dignidade humana e a efetividade dos direitos fundamentais e do processo constitucional.

Editora Saraiva

ISBN 978-85-02-08316-5



SAC Jur | 0800-0557688
saraivajur@editorasaraiva.com.br
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

SaraivaJur
www.saraivajur.com.br
O seu portal jurídico na internet