



**IDEOLOGIA, HERMENÊUTICA E JURISDIÇÃO: ALGUMAS REFLEXÕES
SOBRE O QUE SOBROU DO POSITIVISMO NO ATUAL PARADIGMA
JURÍDICO**

**IDEOLOGÍA, HERMENÉUTICA Y JURISDICCIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE LO QUE QUEDABA DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN EL PARADIGMA
JURÍDICO VIGENTE**

<i>Recebido em:</i>	02/04/2014
<i>Aprovado em:</i>	11/06/2014

Nelson Finotti Silva¹

Tiago Clemente Souza²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma crítica às construções teóricas que negam a abertura do Direito, mediante uma comunicação necessária com a Moral, determinando uma atuação ativa/criativa do julgador, principalmente a partir da chamada “virada hartiana”. Assim, buscaremos apresentar inicialmente o conteúdo objetivo da Ciência Jurídica de Hans Kelsen, para se determinar a fase objetiva e a fase interpretativa do fenômeno jurídico, posteriormente apresentaremos como as ideologias interagem com o

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca; Professor da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Catanduva e do Mestrado em Direito do Univem; Procurador do Estado de São Paulo.

² Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo Univem; Especialista em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Coimbra/PT; Advogado.



processo construtivo do Direito. Finalmente apresentaremos o que chamamos de “atual paradigma jurídico”, construído a partir de uma análise crítica do direito oriundo das teorias clássicas, em que buscaremos demonstrar a (re)aproximação do direito e a moral, que culminará na necessidade de se estabelecer uma ética do discurso diante da atuação criativa do hermenêuta.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Formalismo Jurídico. Reviravolta Linguística. Atual Paradigma Jurídico. Não Positivismo. Ética do Discurso.

ABSTRACT

This paper aims to present a critique of the theoretical constructs that deny the opening of the law by means of a necessary communication with the Moral, determining an active performance / creative of the judge, mainly from the so-called "hartiana turn". Thus, we will seek initially present the goal of Legal Science of Hans Kelsen content to determine the objective phase and the phase of the legal interpretive phenomenon, then introduce how ideologies interact with the constructive process of law. Finally we present what we call "current legal paradigm", constructed from a critical analysis of law derived from classical theories, which seek to demonstrate the (re) approximation of laws and morals that will culminate in the need to establish an ethical speech before the creative work of hermeneut.

Key-words: Legal positivism. Legal formalism. Linguistics turnaround. Current Legal Paradigm. Not Positivism. Discourse Ethics.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de Neoconstitucionalismo tornou-se modismo sustentar a superação do positivismo jurídico, entendido como construção teórica ultrapassada, obsoleta, que não mais satisfaz às pretensões da humanidade.

A grande questão se revela quando em tempos do fim da Segunda Guerra Mundial diante das atrocidades cometidas pelo eixo, estudiosos como Gustav Radbruch incriminam



Hans Kelsen como teórico legitimador do Estado Nazista, conclamando a moral como grande salvadora dos futuros ordenamentos jurídicos, que deveriam sequer reconhecer a existência dos enunciados normativos extremamente injustos.

O presente artigo tem por objetivo realizar algumas considerações sobre a Ciência Jurídica de Hans Kelsen apresentada na Teoria Pura do Direito, verificando que se trata de construção científica que busca extirpar, num primeiro momento, qualquer construção ideológica (seja ela da social-democracia, do liberalismo político, do Estado do bem-estar social ou qualquer outra posição política) quando no campo científico, sem que, posteriormente, reconheça a necessária e natural ingerência axiológica.

No segundo capítulo abordaremos como a racionalidade humana permite a construção do direito, porém sofrendo as influências das posições ideológicas intrínsecas à natureza humana.

Finalmente no último capítulo iremos apresentar o que chamamos de “atual paradigma jurídico”, construído a partir de uma análise crítica do direito oriundo das teorias clássicas, em que buscaremos demonstrar a (re)aproximação do direito e a moral, que culminará na necessidade de se estabelecer uma ética do discurso diante da atuação criativa do hermeneuta.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CIÊNCIA JURÍDICA DE HANS KELSEN: PELA SUPERAÇÃO DE UM JUSMORALISMO IRRACIONAL

Algumas considerações sobre a Teoria Pura do Direito e a pretensão científica apresentada por Hans Kelsen apresentam-se de fundamental importância para a delimitação das questões cotidianas do mundo jurídico. Quando se pretende estabelecer a análise científica e crítica de determinado objeto e/ou atividade, como é o caso do presente artigo, por questões de clareza metodológica é fundamental estabelecer a partir de qual construção teórica se parte, determinando-se o corte epistemológico da pesquisa.



A análise da atividade decisória jurisdicional, no interior de um processo judicial, cujo objeto de aplicação é o conteúdo normativo do direito, reflete a necessidade de se apresentar a partir de qual imagem do Direito se parte. Para o presente artigo pretende-se indicar alguns apontamentos sobre a ciência jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na tentativa de se evitar clássicos e comuns equívocos da interpretação desta obra, o que permitirá identificar em que medida a Jurisdição irá se apresentar dentro de uma dinâmica jurídica de aplicação normativa que elege o direito posto como fonte de normas que regulamentará as relações sociais.

Hoje muito se fala em uma possível e necessária superação da aplicação fria da lei pelo hermenauta julgador, como moderníssima, contemporânea e modal construção teórica jurídica nomeia-se o chamado pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo como verdadeiras construções salvadoras de uma dinâmica tecnocrata-silogística, afinal Hans Kelsen com seu reducionismo jurídico legal legitimou e permitiu todas as catástrofes ocorridas contra a humanidade pelo movimento nazifascista durante a segunda grande guerra (*reductio ad Hitlerum*). Bobbio já fazia tal constatação, principalmente pelos defensores do jusnaturalismo:

Comecemos pelos promotores do Direito Natural. Eles dizem: a Teoria Pura do Direito, como expressão última e consequente do positivismo jurídico, exclui que haja outro Direito fora do Direito Positivo; por isso é obrigada a aceitar como Direito qualquer aberração moral ou religiosa (e quantos foram os exemplos que a história recente nos colocou diante dos olhos com dramática evidência!) que agrada a um déspota ou a uma classe de homens políticos sem escrúpulos de se impor nas formas do direito constituído. O erro capital da Teoria Pura do Direito, segundo eles, estaria no fato que, impondo ao jurista comportar-se como um frio



intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, transforma-o em um colaborador de qualquer regime, por objeto e repugnante que seja, num aceitador ou pelo menos num impassível indagador do fato consumado³.

No entender de Andytyias Soares:

Com a derrocada da Alemanha, surgiu a necessidade urgente de se encontrar um bode expiatório, uma justificativa para o injustificável e uma explicação fácil de se entender e de se aceitar para o horror nazifascista. Encontraram-se todas essas três realidades no positivismo jurídico, conforme a visão desfigurada que lhe impingia – e até impinge – o renascido jusnaturalismo. A maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: “Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei”. *Gesetz ist Gesetz*: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão na qual a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos,

³ BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007. p. 25.



justificado e legitimado as experiências autoritárias da primeira metade do século passado⁴.

Mas, até que ponto podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito legitimou que determinadas escolhas políticas fossem institucionalizadas, como fora as nazifascistas, o que culminou no atual paradigma do direito que renega o positivismo jurídico, e toda aquela a pretensão de pureza de uma construção jurídica? Conforme alerta Norberto Bobbio a Teoria Pura do Direito apresentou-se como levante a duas trincheiras, contra o Direito Natural e contra a Sociologia. Contra o Direito Natural conduzia-se em nome da *objetividade* da ciência, cuja tarefa era meramente descritiva da realidade, e não avaliativa, diferente do jusnaturalismo que de tempos em tempos, conduzido pelos movimentos políticos-ideológicos, inclinava o direito em conformidade com certos ideais de justiça (doutrinas conversadoras ou revolucionárias que alcançavam o poder)⁵. Afirma Bobbio que: “[...] Agindo contra a objetividade da Teoria Pura do Direito (e sem objetividade não há ciência), o Direito Natural exprime valores *subjetivos* ou até irracionais, os quais, por isso mesmo, são irredutíveis a análises científicas”⁶.

Em relação ao afastamento da ciência jurídica da Sociologia buscou-se determinar que a Sociologia pertence à esfera do ser, que analisará fenômenos sociais, enquanto o direito pertence ao mundo do dever-ser, já que busca estabelecer uma estrutura de qualificação da realidade social mediante o estabelecimento de normas jurídicas. Assim, enquanto o objeto de estudo da Sociologia é o fenômeno social, o direito, como ciência

⁴ MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético**. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007. p. 23.

⁶ Ibid.



particular, não aborda como objeto de estudo os fenômenos das relações humanas, mas as normas que qualificam aqueles⁷.

Neste sentido a Teoria Pura do Direito terá inicialmente duas pretensões: a) ser ciência, portanto, possuir objeto delimitado que possa ser racionalmente controlável e analisado, sem se submeter às intempéries das ideologias humanas; e b) ser a ciência própria do objeto específico a que se dirige, o direito⁸. Assim, para impedir a confusão entre a existência do direito, com a justiça do direito, será necessário analisar a norma (ou seu conjunto – ordenamento jurídico) a partir de três critérios que não se confundem: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz⁹.

Estabelecer a análise da justiça da norma exigirá necessariamente que se verifique seu conteúdo, observando se há ou não congruência com os valores últimos ou finais de determinado ordenamento jurídico. Para Bobbio:

[...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito¹⁰.

A análise da norma voltada à sua validade está relacionada à sua existência ou não, independentemente, portanto, do juízo de valor quanto ao seu conteúdo. Assim, trata-se de

⁷ Ibid., p. 24.

⁸ Ibid.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008. p. 46.

¹⁰ Ibid.



um juízo de fato, de verificar se a norma apresentada é existente, conseqüentemente se é regra jurídica. Segundo Bobbio:

[...] Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema; 2) averiguar se não foi *abrogada*, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em um Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O



problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito¹¹.

O terceiro elemento analítico de uma norma é o problema da *eficácia*, que diz respeito ao fato de ela ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida. “[...] Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida”¹². A questão da eficácia da norma está relacionada ao caráter histórico-sociológico, para o comportamento da sociedade diante do estabelecimento de uma norma jurídica, para Bobbio trata-se de um problema *fenomenológico* do direito¹³.

Esses três critérios de avaliação normativo são independentes e não se confundem, sendo a confusão realizada entre esse três elementos que conduzirão às críticas infundadas à Teoria Pura do Direito. Teorias que promovem a fusão destes elementos conduzem um “reducionismo”, que “[...] leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam”¹⁴. Segundo Norberto Bobbio há teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa, sendo o exemplo mais ilustre desta redução a doutrina do direito natural¹⁵.

Uma segunda reduz a justiça à validade, quando afirma que uma norma justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade, que pode ser vista numa construção legalista, formalista, no sentido mais restrito e limitado do positivismo jurídico¹⁶.

¹¹ Ibid. p. 47.

¹² Ibid.

¹³ Ibid. p. 48.

¹⁴ Ibid. p. 54.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Idib.



E finalmente há aquela que *reduz a validade à eficácia*, “quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente”¹⁷. Referidas argumentações guardam estrita relação com a ideia de sistema apresentado por Kelsen, que distingue entre os tipos de sistemas existentes o estático e o dinâmico. Estático é aquele no qual as normas estão relacionadas como as proposições de um sistema dedutivo:

[...] ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico. [...] Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*¹⁸.

Já a segunda concepção de sistema, denominado *estático*, é aquele no qual as normas derivam de outras através de sucessivas delegações de poder, portanto, a comunicação normativa decorre da autoridade que as positivou e não de seus conteúdos. “Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas *formal*”¹⁹. Segundo Bobbio:

A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material (estático) e a formal (dinâmico), é contestável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999. p. 72.

¹⁹ Ibid.



(e a justificação é feita inserindo-se num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: “Por quê?” Se o pai responde: “Porque deves aprender”, a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: “Por que devo aprender?” A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: “Porque precisas ser aprovado”. No segundo caso perguntará: Por que devo obedecer a meu pai?” A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: “Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado”. Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição, no segundo caso, através da autoridade que a colocou²⁰.

Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do tipo dinâmico, já que os enunciados normativos decorrem da delegação de poderes, já os sistemas estáticos (conexões normativas determinadas pelo conteúdo) seriam ordenamentos morais. Assim: “O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo [...]”²¹

²⁰ Ibid. p. 73.

²¹ Ibid.



Do critério de avaliação da norma quanto a sua “validade”, portanto, de existência (critério formal), está estritamente relacionado ao sistema dinâmico, já que a existência normativa dependerá de um sistema de delegações de poderes que positivarão enunciados normativos. Neste sentido, para uma construção científica formal, que seja passível de estabelecimento de premissas objetivas e lógicas, o critério de validade formal no interior de um sistema dinâmico será aquele que atribuirá pureza à construção de Kelsen, sob pena de, uma vez estabelecida as premissas no conteúdo das normas jurídicas, promover-se uma moralização do direito, cujas escolhas morais/ideológicas/políticas irão determinar a sua natureza.

O segundo Gustav Radbruch ao estabelecer o critério da justiça como condição da existência da norma jurídica promoveu essa moralização do direito, que conforme Andytiás Soares, Radbruch:

[...] conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, “[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim”. A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião, passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da



mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas. Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o “direito injusto” devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça-, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça. A partir do texto de Radbruch formou-se uma espécie de argumento geral contra o positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum* [...] ²²

A grande preocupação da Ciência Jurídica desenvolvida por Hans Kelsen foi buscar estabelecer uma distinção bastante objetiva entre o que deveria ser direito, partindo de critérios formais de validade, e aquilo que deveria ser direito justo, portanto, a partir de elementos éticos. A questão de um conjunto normativo constituir direito não passaria por uma análise ético-valorativa, mas tão somente formal de validade, neste sentido justificava-se uma das frases mais polêmicas de Kelsen de que o direito poderia ter qualquer conteúdo.

O fato de ser ou não ser direito não passaria por uma análise de conteúdo normativo, em que se observaria a massa ética do enunciado normativo, mas tão somente o procedimento formal de sua elaboração, o que permitiria abarcar qualquer conteúdo, justo e injusto, já que este elemento axiológico não faz parte da condição de validade do jurídico.

²² MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16.



Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo. Ainda que seja óbvio que “poder ter” não significa “dever ser”, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como “O ordenamento sócio-normativo nazista é direito” ou “O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano” são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: “O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade”. São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalista e jusmoralistas de todos os tempos²³.

Neste sentido o fato de se reconhecer o fenômeno como jurídico será mera atividade declarativa de uma dinâmica formal, sem que se apresente uma análise valorativa, isso porque são campos de verificação distintos. O campo da existência/validade do direito não se confunde com o campo da valoração do jurídico, portanto, não se nega a existência de valores inseridos no direito, mas tão somente realiza-se a devida segregação dos seus espaços de atuação.

No entanto, afirmar que certo conjunto normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição “X é direito” envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano

²³ Ibid. p. 20



assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições “X é direito” e “X não é direito”. Tal porque seus predicados não são entendidos como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato “X é direito” se transforma, de modo totalmente arbitrário, em juízo de valor, já que emprestam ao termo “direito” uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direito como um fenômeno factual, empírico e profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade”.²⁴

Reconhecer que determinado conjunto normativo é justo ou injusto (portanto, já superado a questão da sua existência) culminará na prolação de um juízo de valor ideológico, no sentido de expressar os valores que determinada sociedade elegeu como tal. Kelsen buscou justamente extirpar tais efeitos da sua construção científica, já que para o autor as questões ideológicas não são passíveis de um controle racional, sendo que representará as preferências político-ideológicas de determinado grupo, que não será passível de um controle objetivo/formal. Para Andityas “Os jusnaturalista entendem que o ‘mau direito’ não deve ser descrito enquanto direito, posição altamente subjetiva que

²⁴ Ibid.



esconde uma intenção ideológica conservadora: se o direito – enquanto descrito como ‘verdadeiro direito’ – é sempre justo, não há motivos para desobedecê-lo”²⁵.

Encerrada a fase científica, que promove a separação entre o conteúdo puro do direito, cuja constatação é meramente formal, inicia-se a construção política, que não rechaça a comunicação entre direito e valor. O conteúdo político-ideológico apresenta-se quando das construções do conteúdo normativo, no procedimento legislativo (que não se confundem com a condição de existência do direito), bem como no preenchimento do quadro-normativo pelo hermenêuta julgador, sendo certo que “[...] o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos. O ‘fato direito’ pode ser avaliado segundo operação intelectual, da qual a razão não participa mais sozinha, como no puro ato de conhecimento. Quando se trata de um juízo de valor, a razão vem acompanhada pela vontade, que quase sempre se apresenta como ideologia. Então já não se fala mais da realidade, mas de como deveria ser a realidade. Termina a missão do cientista e se inicia a do político [...]”²⁶

Surgem assim as construções teóricas discursivas que buscam racionalizar a interpretação axiológica do texto normativo no caso concreto, principalmente após a inserção de elementos valorativos no texto constitucional. Porém, resta ainda, antes de realizarmos algumas considerações a respeito do possível controle racional do político no direito, ponderarmos sobre as questões ideológicas que envolvem a atividade interpretativista estatal.

3 QUESTÕES IDEOLÓGICAS QUE ENVOLVEM A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

²⁵ Ibid. p. 21.

²⁶ Ibid.



O direito apresenta-se uma como construção decorrente da capacidade intelectual racional humana, proveniente das interações sociais, portanto, não há uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas, logo não compõe a metafísica²⁷.

Tratando-se de uma construção humana, o direito fica subordinado a priori a toda carga volitiva e ideológica pertencente à natureza humana, sendo construído de acordo com todas as preferências e posições humanas. Conforme tentamos demonstrar no capítulo anterior as construções teóricas desenvolvidas por Hans Kelsen foram no sentido de cindir a análise jurídica em dois campos, um científico (de verificação de existência de direito) e outro político (na função político-legislativa e na aplicação do direito ao caso concreto).

Ocorre que, por tempos o jurídico se viu embebida em uma política de “geometrização” das ciências humanas, de um movimento que, por motivos legítimos para sua época, buscou trazer para o campo do Direito todas as perfeitas soluções cabíveis às ciências matemáticas, seguindo uma tradição exegética (Exegese Francesa).

Praticava-se uma posição *ideológica* formalista, que, conforme alertado por Silva, influenciou de forma constante e profunda toda dinâmica jurisdicional, determinando a separação entre o direito dos práticos e o direito dos catedráticos. Segundo Ovídio Baptista:

A análise de nossas instituições universitárias permitirá ver a separação entre o Direito dos sábios e filósofos, tal como ele era – e continua sendo – ensinado nas universidades e o Direito dos ‘práticos’, e segue “A conclusão que se deve extrair de seu ensinamento decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse ‘duas vontades’, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*²⁸.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

²⁸ Ibid. p. 3.



Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la”, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”²⁹.

Vale ponderar que é intrínseco a todo grupo social buscar a perenidade das suas construções teóricas, mesmo que para isso tenha que impedir determinado progresso científico ou social.

Todo conhecimento contemporâneo é considerado como “natural”, pensado como expressão definitiva do conhecimento humano possível. Não sendo possível que toda aquela conquista do conhecimento adquirida até então seja substituída. Possuímos dificuldade em questionar, ou duvidar de sua perenidade³⁰. É o que Marinoni afirma: Nessa linha, podemos dizer, ainda, que não há teoria que não seja do seu “tempo”. O que pode ocorrer é que determinados sujeitos estejam “fora do seu tempo”, ou melhor, não atentam ao seu “tempo” ou somente reproduzem ideias de outros “tempos”. Estes últimos, realmente, são apenas “teoria”, pois não “falam”, apenas reproduzem, ou o que é pior, *conservam*³¹.

Bobbio ao dissertar sobre os fundamentos e mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, nos ensina que da finalidade visada pela busca do fundamento nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que - de tanto acumular e elaborar razões e argumentos - terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual, ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível.

²⁹ Ibid. p. 93.

³⁰ Ibid. p. 8.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 17.



O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justa ou boas³².

É intrínseco a toda ciência e discussão teórica a existência de ideias preexistentes, provenientes de *prejuízos* (pré-juízos). Ocorre que, muitas vezes tais construções dificultam a transposição de um conceito, de uma solução, de uma ideologia para uma nova concepção da realidade. Francis Bacon indica a existência de quatro figuras que “assediam o espírito humano”, escreve o filósofo: No sentido de uma maior clareza, demo-lhes nomes distintos: chamaremos ao primeiro gênero, Ídolo da Tribo (*idola tribus*), ao segundo gênero, Ídolo da Caverna (ídolo specus), ao terceiro gênero, ídolo do Foro (*idola fori*) e ao quarto gênero, ídolo do Teatro (*idola theatri*)³³.

Silva, analisando a seguinte passagem de Bacon diz que os *ídolos da tribo* têm seu fundamento da própria natureza humana, inclusive na raça; os *ídolos da caverna* são aqueles que têm o seu fundamento no homem individualmente considerado, com sua deficiência e aberrações, afirmando, ainda, que são os ídolos que brotam do “antro individual”, destruindo e corrompendo a luz da natureza; já os *ídolos do foro* nascem da aproximação e da associação dos homens entre si; e finalmente os *ídolos do teatro*, são representados pela filosofia tradicional³⁴.

Tais alegorias influenciam a forma do homem ser e se comportar, sua formar de pensar e concomitante suas criações cognitivas. Dedutivamente, caso nos livrássemos das

³² BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 36.

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da ... Op. Cit. p. 6.

³⁴ Ibid.



noções falsas, devido à influência dos *idola*, poderíamos alcançar o pensamento puro³⁵. O alcance do pensamento puro é utopia, já que são elementos constitutivos do próprio ser humano e a ele intrínseco as figuras dos *idola*, tanto pensando o homem solipsista, quanto considerado observando sua correlação com os demais seres humanos.

Conforme alertado por Silva, Bacon vivia os primórdios do movimento racionalista, “para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos ídolos, inteiramente desligado de seus laços culturais e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas”³⁶. Toda construção do saber, a partir da metade da Idade Média e Idade Moderna, se viu envolvida pelo espírito racionalista que, combatendo os princípios teológicos e o poder político que viciava a construção do saber científico, propuseram que o ensino das ciências físicas e químicas para “formar um bom espírito” fosse baseado em um espírito capaz de analisar o objeto do estudo de forma objetiva, sem se perder em vazias especulações³⁷.

Tal compreensão determinou as diretrizes para toda a construção teórica jurídica, refletindo diretamente no engessamento da interpretação jurídica. Bacon não havia se utilizado do conceito de *ideologia*, mas sua concepção de *idola* como uma falsa ou distorcida representação da realidade coincide com o conceito de ideologia, como assegura Silva³⁸.

Marx e Engels ao escreverem a obra *A Ideologia Alemã*, afirmaram que toda ideologia é a percepção falsa da realidade, uma vez que o indivíduo que pertence a certa classe social, principalmente aquele que está inserido numa classe dominada (trabalhadores), aquiesce como real uma concepção invertida da realidade fática e concreta, digerindo tal dinâmica como legítima, vez que o Estado, mediante o Direito, torna legal tal dinâmica³⁹.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense S.A., 1997, p. 23.

³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da ... Op. Cit. p. 7.

³⁹ CHAUI, Marilena ... Op. Cit., p. 85.



Porém, caso fosse percebido que o Direito é utilizado pelo Estado para maquiar a realidade, os dominados se revoltariam. Nesse momento, surge a finalidade da ideologia, que busca impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, portanto como justo e bom⁴⁰.

A finalidade da ideologia é justamente manter essa dominação real, porém de forma despercebida. Escreve Chauí que seu papel também é o de fazer com que os homens passem a crer que determinadas ideias representam efetivamente a realidade; portanto, não há que se questionar tal “realidade”, uma vez que demonstra a própria ambição dos cidadãos que nela acredita⁴¹.

Ocorre, todavia, que estaremos diante de uma *ideia* da realidade que nos foi transmitida (envolta da “realidade” que agrada a classe dominante), e não da sua realidade histórico-social⁴². Segue Chauí afirmando que: A Ideologia consiste precisamente na transformação das ideias da classe dominante em ideias dominantes para a sociedade como um todo, de modo que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domina no plano espiritual (das ideias)⁴³.

Assim como Marx e Engels quiseram demonstrar a Ideologia como fonte da aceitação pacífica das desigualdades sociais e do conflito de classes e, conseqüentemente da dominação de classes, observa-se que uma vez aproximado o direito às questões político-valorativas, aquele ficará adstrito às preferências ideológicas deste.

O direito é parte integrante da História. A História, conforme nos ensina Chauí analisando a Teoria Hegeliana, é concebida pela dinâmica de exteriorização e de interiorização do Espírito, ou seja, na produção de obras pela conduta humana (exteriorização do Espírito) e pelo reconhecimento desta obra (interiorização do Espírito).

⁴⁰ Ibid. p. 90.

⁴¹ Ibid. p. 91.

⁴² Ibid. p. 88.

⁴³ Ibid. p. 94.



A História, assim, não será uma sucessão de causa e efeito, mas um processo dotado de “uma força ou de um motor interno que produz os acontecimentos. Esse motor interno é a contradição”, como assegura Chauí⁴⁴.

A História se constitui pela contradição, em que os termos conflitantes não existem individualmente considerados, não se permitindo a compreensão dos termos antagônicos fora dessa relação. A contradição, sendo a força constituinte da História, se expressa mediante a negação interna, ou seja, quando o que é negado é a própria realidade de um dos termos (“a canoa é a não-árvore”, definimos a canoa por sua negação interna, ela é a árvore negada, suprimida como árvore pelo trabalho do canoeiro”)⁴⁵.

As contradições não são algo dado pelo mundo, mas são produzidas; portanto, um “motor temporal”. A produção e superação das contradições é o movimento da História, esta é fruto de uma dinâmica de reflexão do Espírito (reflexão: volta para si mesmo). Tal entendimento é necessário para compreender que o direito é algo proveniente das contradições internas e externas; portanto, não é algo dado pela natureza, mas criado pelo homem e que, por esse motivo, não se estabelece um pano de fundo entre as ciências naturais (dados pela natureza, portanto não historicamente) e as ciências sociais as regras fundamentais das ciências matemáticas.

Compreendendo que o direito é fruto das relações sociais, que nasceu da dinâmica conflitante da construção da História, permitiremos que novos conceitos e parâmetros sejam trazidos para questioná-lo e modificar suas estruturas. O direito foi criado, assim, pelo homem a partir dessas contradições e para o homem, ou seja, para satisfazer suas necessidades, dando assim efetividade e concretização dos valores constitucionais, não sendo uma ciência que existe por si só, sem qualquer conexão com as necessidades humanas.

⁴⁴ Ibid. p. 36.

⁴⁵ Ibid. p. 37.



A cientificidade trazida ao Direito ocorreu inicialmente para que este fosse levado mais próximo à sua finalidade. Porém passou-se a pensar o Direito pelo próprio pensar, um pensar distante da sua causa. Certo é que toda teoria que nega sua própria causa distancia-se da sua finalidade⁴⁶. É o que também vemos na seguinte passagem:

Há mais, contudo: o direito processual civil não pode ser compreendido como algo solto, perdido no tempo e no espaço, como se ele valesse por si só, como se ele fosse “só” uma “disciplina jurídica”, “só” um “Ramo do direito”, como se ele tivesse existência própria, independentemente de quaisquer prescrições normativas, de quaisquer realidades políticas e jurídicas vigentes em determinados espaços de tempo em determinados lugares. E segue: Não há “direito processual civil” na natureza. Ele existe apenas, no plano jurídico, embora – e é isto que o pensamento contemporâneo do direito processual civil tem se ocupado – ele se volta para o mundo não-jurídico, exterior, externo a ele próprio⁴⁷.

Conclui Marx que é também história o modo como os homens interpretam todas essas relações, seja numa interpretação imaginária, como na ideologia, seja numa interpretação real, pelo conhecimento da história que produziu ou que produz tais relações⁴⁸.

A ideologia como externalização das preferências políticas de determinado grupo será introduzida no contexto jurídico quando da elaboração da legislação e quando do

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme ... Op. Cit., p. 18.

⁴⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

⁴⁸ CHAUI, Marilena ... Op. Cit., p. 47.



preenchimento do quadro normativo pelo hermenêuta julgador. Assim, deverá se submeter à algum procedimento racional do argumentar jurídico, conforme buscar sistematizar as teorias da argumentação, fazendo surgir um novo paradigma jurídico, conforme veremos no próximo capítulo.

4 HERMENÊUTICA: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ATUAL PARADIGMA JURÍDICO

O direito, segundo uma concepção contratualista, portanto, pensado a partir das tradições culturais do homem ocidental, branco e cristão, foi criado historicamente (portanto fora de uma concepção metafísica ou pré-estabelecido) para promover a paz e a segurança social.

Fruto da idade das luzes, da cientificidade e da pretensão humana de atribuir racionalidade a todo o conhecimento, o direito sofreu consequências significativas, desde a delimitação de seu objeto, das suas fontes até a forma de interpretação e aplicação das leis. Fugindo do período das Trevas, das monarquias absolutistas, das intervenções máximas do Estado/rei nas relações privadas, o direito surgiu como um levante a estes abusos, marcado pelo seu reducionismo a lei e ao silogismo e técnica de interpretação da subsunção, o direito satisfez muito bem a pretensão da sociedade burguesa do século XVIII e XIX.

Ocorre, todavia, que, em decorrência desse reducionismo legalista do direito, cujos elementos de validade (e não legitimidade – que para este momento não seria discutido) recaiam sobre o procedimento legislativo (a partir de um processo formalista de elaboração da lei), permitiu-se que qualquer conteúdo se institucionaliza-se (conforme a máxima estabelecida por Kelsen), tornando-se direito qualquer elemento, inclusive os imorais.

Assim, para cumprir a tarefa de legitimar o direito, independentemente de seu conteúdo, surge o formalismo jurídico. Para Thomas da Rosa de Bustamente o formalismo



jurídico apresenta algumas características, oriundas do positivismo jurídico (mas que com esse não se confunde⁴⁹), que impede a comunicação do direito com qualquer outra área do conhecimento, atribuindo caráter científico ao direito. Estas características são: a) o direito é um sistema completo e coerente, capaz de dar uma resposta correta a cada questão jurídica; b) só os legisladores, e não os tribunais, podem criar direito; c) o direito possui um caráter essencialmente estático; d) o Direito válido, o verdadeiro Direito, consiste em regras gerais, tais como aparecem formuladas nos “livros jurídicos”; e) o direito é mais perfeito quanto maior for o seu grau de generalidade e abstração; f) os conceitos jurídicos possuem uma “lógica interna” que permite se deduzirem soluções sem necessidade de se recorrer a argumentos extrajurídicos; g) as decisões judiciais só podem justificar-se dedutivamente (silogismo jurídico); h) a certeza e a predictabilidade são os máximos ideais jurídicos⁵⁰.

Observa-se, portanto, que houve um afastamento entre o direito e a moral, que conforme entende Bustamante:

A neutralidade e a autonomia absoluta da ciência jurídica, ao longo de décadas, vinham produzindo uma espécie de esterilidade do Direito, que, por já não possuir mais condições de se legitimar, perde também sua força social integradora. Um direito garantido unicamente pela força, definido de forma absolutamente independente de um

⁴⁹ Para Bustamante “Percebe-se, portanto, o equívoco de se identificar o *positivismo* com o *formalismo*, pois é perfeitamente possível ser positivista sem ser formalista, como fazem o positivismo analítico – incluindo-se sua vertente normativista – e o realismo jurídico. A teoria pura do direito de Kelsen, por exemplo, confere ao intérprete do direito uma ampla margem de atuação e criatividade” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005. p. 24). E segue o autor “A confusão entre ‘formalismo’ e ‘positivismo’ só aconteceria se se entendesse o positivismo como sendo a hoje superada concepção que a atividade de aplicação do direito seria definida em termos puramente dedutivos: o raciocínio jurídico basear-se-ia unicamente no silogismo prático” (Id., *ibid.*).

⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005. p. 21-22.



conteúdo moral e incapaz de prover qualquer critério para as valorações jurídicas fatalmente não conseguiria dar conta das expectativas sociais, nem muito menos fornecer a racionalidade necessária para reverter o quadro de descrença nas instituições por que passa o final da Idade Moderna⁵¹.

Neste sentido, uma das críticas sofridas pelo direito, após a segunda grande guerra, foi quanto à questão de sua legitimidade, apresentada na forma de uma crítica da legalidade. A aplicação do direito pautada tão só na formalidade e no respeito estrutural do ordenamento jurídico, desvinculada das pretensões éticas e morais das demais ciências sociais, culminou nas atrocidades revestidas de legalidade cometidas, por exemplo, pelo nazi-fascismo⁵².

A pretensão de alguns estudiosos do Direito em torná-lo uma Ciência desvinculada de pressupostos externos, tais como valor, ética e moral, buscando objetividade científica, promoveu o rechaçamento do direito natural e a ascensão do positivismo jurídico.

Segundo Franz Neumann:

O sistema legal do liberalismo, no entanto, era considerado como hermético e sem fendas. Tudo o que o juiz tinha a fazer era aplicá-lo. O pensamento jurídico de então era chamado de positivismo ou normativismo, e a interpretação das leis pelos juízes era chamada de dogmática (na Alemanha) e de exegética (na França) [...] ⁵³

⁵¹ Id., Ibid., p. 29.

⁵² Nota-se aqui a relevância de uma discussão acerca do tema do Estado de Exceção, proposta pelo *jusfilósofo* italiano Giorgio Agamben, contudo, este não é o objeto do presente trabalho.

⁵³ NEUMANN. Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969, p. 46.



Para Aylton Barbieri Durão:

Quando, não obstante, diminuiu a confiança na subordinação do direito à autonomia moral do sujeito, os teóricos do direito civil tiveram que aceitar a fundamentação dos direitos subjetivos a partir da vontade do legislador expressa no direito objetivo. Por conseguinte, a pretensão idealista presente nos historiadores do direito romano implicou a reação do positivismo jurídico a finais do século XIX que eliminou qualquer possibilidade de sustentar uma justificação moral do direito subjetivo. O direito passou a ser entendido, com Kelsen, por exemplo, como resultado dinâmico de um procedimento de produção de normas a partir de uma norma fundamental hipotética (silogismo constitucional) que autorizava a produção de normas da legislação ordinária, originando todo o direito objetivo como conjunto de normas cuja legitimidade provinha da legalidade estabelecida pelas condições do procedimento. Esta manobra possibilitou o positivismo desvincular o direito da moral e eliminar qualquer fundamentação moral do direito subjetivo, na medida em que o direito passou a ser justificado a partir de um procedimentalismo formal, o qual pode permitir ao sujeito dispor de liberdades subjetivas de ação materializadas na forma de direitos subjetivos, entendido como mera autorização para o exercício de liberdades individuais pelo direito objetivo.⁵⁴

Ainda, Lênio Streck, debruçando-se sobre o tema, observa que:

⁵⁴ DURÃO. Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas.** *Ethic@*. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008, p. 238.



[...] a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender às demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto. Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito.⁵⁵

Não obstante, diante da agressão promovida aos direitos fundamentais no século XX, inicia-se uma preocupação da humanidade, assombrada pela barbárie promovida em nome da legalidade, cujo o objetivo é revisitar de forma crítica os pilares da Teoria do Direito, pretensão esta que vai desde a alteração das técnicas legislativas, ampliação das fontes dos direitos e mudança de postura dos julgadores, sempre com a pretensão de concretização dos direitos fundamentais e a proteção da humanidade⁵⁶.

Este novo panorama jurídico representa o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que promove um conjunto amplo de transformações ocorridas no âmbito do Estado de Direito, tais como a formação do Estado constitucional de direito; a centralidade dos direitos fundamentais, diante do assim chamado pós-positivismo, com a reaproximação entre Direito e moral; o reconhecimento da força normativa da Constituição;

⁵⁵ STRECK. Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006, p. 257/258.

⁵⁶ Neste sentido, é de se notar o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a inserção do dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana em diversas constituições do ocidente.



a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional⁵⁷.

Consciente da impossibilidade de exaurir todas as soluções possíveis frente uma hipótese de incidência fática, o legislador passou a adotar como enunciados normativos cláusulas gerais e elementos indeterminados ampliando a proteção dos direitos genericamente positivados. Para tanto passou a reclamar uma atuação incisiva do magistrado, substituindo sua função tecnocrata de verificação das hipóteses legais e a aplicação das consequências jurídicas previstas, por uma função criativa, de análise crítica e racional dos comandos normativos positivados em valores e princípios, desaguando na concretização dos direitos fundamentais diante da apreciação do caso concreto.

Diante desta constatação observa-se que ao mesmo tempo em que surge ao magistrado essa função criativa lhe restará o ônus da fundamentação racional, calcada na norma constitucional que contém princípios e valores, que necessariamente nortearão a decisão como requisito de legitimidade. Tratando-se de cláusulas gerais e de elementos indeterminados que estabelecem um conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, será a análise interpretativa transversal da lei diante do caso concreto que dará o contorno aos direitos colidentes.

Assim, a partir da reviravolta hermenêutico-linguística-pragmática⁵⁸, o que determinou uma guinada na Filosofia e na Filosofia do Direito do pressuposto metodológico do “eu penso” para “eu argumento”, esse ônus argumentativo do juiz/interprete, que dará

⁵⁷ **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 15 de fevereiro de 2012, p. 04.

⁵⁸ Segundo Duarte “A *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* foi uma revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, com repercussões em toda a Teoria do Conhecimento. Ela possibilitou a transição do paradigma da *Filosofia da consciência* para o da *Filosofia da linguagem*, representando uma guinada na busca pela inteligência de novas condições de *possibilidade e validade* para o conhecimento”. (DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012. p. 8).



os contornos dos direitos humanos, deverá ser guiado por uma ética do discurso, adquirindo uma racionalidade, que segundo Karl-Otto Apel:

[...] prefiro de fato falar hoje em “ética do discurso” – e isso por dois motivos principais: por um lado, esse título refere-se a uma forma particular de comunicação – o discurso argumentativo – como meio de fundamentação concreta de normas, e por outro lado, refere-se à circunstância de que o discurso argumentativo – e não qualquer forma de comunicação no mundo vivo – conte também o *a priori da fundamentação racional* do princípio da ética.⁵⁹

No interior dessas construções discursivas, para fundamentação das normas jurídicas, vislumbra-se a distinção entre enunciado normativo, norma (princípio e regra) e valor. O enunciado normativo representa a fonte positivada dos direitos, que possivelmente prevê uma hipótese de incidência fática e uma consequência jurídica.

No caso das cláusulas gerais o enunciado normativo não terá a hipótese de incidência e/ou a consequência jurídica exaustivamente prevista, logo a função do magistrado, para cuja delimitação do direito irá extrair princípios e regras (que não estarão necessariamente prescritos no enunciado) será de determinar no caso concreto quais as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas, sempre alinhado com iluminuras da ética e da moral ao proferir sua decisão racionalmente fundamentada. O ato eticamente vinculado do magistrado não resulta em estabelecer a consequência jurídica *x* diante de hipótese de incidência fática *y*, mas sim em um proceder (ato de decidir) racional, devidamente fundamentado.

⁵⁹ APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998. p. 08.



É pontualmente na análise interpretativa dos princípios, no caso concreto, que chegaremos à construção das normas de direitos fundamentais, concretizando seus correspondentes direitos subjetivos. Referidas normas de direitos fundamentais são denominadas por Robert Alexy como normas de direitos fundamentais atribuídas e decorrem justamente do sopesamento dos princípios. É o que observamos na seguinte passagem:

[...] como resultado de todo sopesamento que seja correspondente do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser submetido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais como a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras⁶⁰.

Os enunciados normativos que refletem princípios não apresentam imediatamente a solução ao caso que se aprecia (há um caso a ser analisado, sendo possível a aplicação de normas distintas previstas em cláusulas gerais). Para solução destes casos serão necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente (enunciado normativo). Logo, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional⁶¹.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 548.



Diante deste novo contexto teórico em que se inserem os agentes do direito, parece claro que o hermenêuta tem agora função criativa e delimitativa das normas de direitos fundamentais. A grande questão que surge diz respeito a possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais. Robert Alexy faz a seguinte constatação:

Desde há muito tempo a discussão acerca dessa questão é prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições básicas, que reaparecem com frequência sob novas versões; de um lado ficam as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou racionalista. Não há razões, no entanto, para uma postura baseada no tudo-ou-nada. A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional⁶².

Do apresentado permite-se concluir que Alexy não traz solução unívoca para a dialética estabelecida entre enunciado e caso concreto, estabelecendo um resultado pronto a ser extraído das normas de direitos fundamentais. Traz critérios éticos de procedimento,

⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549.



do *decidir* racionalmente, vinculando a atuação do magistrado a um proceder ético, sistematicamente teorizada e regulamentada. Sendo o procedimento discursivo compatível com resultados os mais variados, sendo necessário associar a teoria da moral (procedimento discursivo) com a teoria do direito, no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial⁶³.

O *discurso prático geral* embora estabeleça um código geral da razão prática não conduz a apenas um resultado em cada caso. A solução dos conflitos sociais clama um resultado único, o que torna necessário um procedimento institucional de criação do direito, não só no âmbito da argumentação, mas também da decisão. Esta necessidade será parcialmente suprida pelo *processo legislativo* do Estado Democrático constitucional, o qual é definido “por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento”⁶⁴.

Ocorre, todavia, que mencionado procedimento não é possível determinar de antemão e para cada caso, uma única solução. Surge então o *discurso jurídico*, que se encontra vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, o que permite uma redução da incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Porém, diante da necessidade de uma argumentação prática geral, a incerteza quanto ao resultado ainda não é eliminada.⁶⁵

Surge assim o quarto procedimento, o *processo judicial*, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide. A racionalidade desse último procedimento será alcançada mediante o respeito dos três primeiros processos. Insta ressaltar que, embora o enunciado normativo deixe em aberto as questões valorativas que no *procedimento judicial* serão objeto de argumentação e

⁶³ Idem, Ibidem, p. 549/550.

⁶⁴ Idem, Ibidem, p. 550.

⁶⁵ Idem, Ibidem, p. 550.



decisão (delimitação do conteúdo valorativo que servirá de parâmetro para o hermenauta estabelecer qual a hipótese de incidência e qual as consequências jurídicas), será revestida de racionalidade⁶⁶, já que haverá o ônus da argumentação racional e a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática, sob pena de ilegitimidade.

A legitimidade da decisão, que estabelecerá o alcance dos direitos fundamentais, será determinado mediante o respeito aos procedimentos acima mencionados. Para o magistrado que prolatará esta decisão restará tal ônus, e mais, deverá observar o procedimento sistematizado e racionalizado para lidar com os princípios oriundos das cláusulas gerais, sistema criado por Alexy.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, a irradiação dos valores constitucionalmente previstos em todo o ordenamento jurídico, a consequente extirpação de todo movimento de retrocesso e reducionismo dos direitos fundamentais (cláusula de proibição de retrocesso que vincula inclusive o Poder Constituinte, visto até pouco tempo como o detentor da absoluta liberdade) apresenta-se como o brado dos constitucionalistas e estudiosos do direito contemporâneo.

Certo é que o direito dos homens, posto mediante um processo legislativo (legítimo ou não), sempre apresentou embate direto com as concepções jusnaturalistas, cuja fundamentação de legitimidade está centrada na essência humana, doutrina filosófico-jurídica que sustenta a existência de normas de direito natural anteriores ao ordenamento jurídico histórico-temporal ou positivo.

Mesmo em *Antígona*, obra do dramaturgo helênico Sófocles, escrita quatro séculos antes do nascimento de Cristo, já se observava profunda discussão quanto ao embate prático entre direito natural e direito positivo. Discussões estas que permitiram

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 551.



construções teóricas que fundamentaram a desconstrução de todo o ordenamento jurídico nazifascista, o que culminou na condenação dos membros do partido nacional-socialista.

Percebe-se, portanto, que houve uma grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, realizando o devido controle do direito positivo a partir de um paradigma suprapositivo.

A grande preocupação que se apresenta diz respeito, portanto, a ausência de critérios racionais quando da (re)aproximação do direito e a moral, já que conforme salientado por Alexy, há uma tensão pela moralização do direito, cujas construções jurídicas ficam à deriva das deduções morais.

A moral deverá se apresentar quando da elaboração das normas jurídicas, impedindo assim que estas sejam carregadas de elementos injustos, imorais, que promovam a mitigação dos direitos humanos. Quando da aplicação do direito existente a partir de elementos morais não positivados, mesmo que represente uma grave injustiça, haverá uma grande instabilidade do sistema jurídico posto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto alegre: Editora dos Advogados, 2011.

_____. **DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL**. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre lós homicídios cometidos por lós centinelas del Muro de Bérlin. Disponível em mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf. Acessado em 17 de set. 2012.

APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998.



ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 15 de fevereiro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008. p. 46.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. São Paulo: Renovar. 2005

CAIANIELLO, Silvia; SIRTORI, Vittorio. **DIZIONARIO DEI TERMINI FILOSOFICI**. Antonio Vallardi Editore/Milano. 1999.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense S.A., 1997.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012.

DURÃO. Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. Ethic@. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muto) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral**. Disponível em



bdtd.unisinos.br/tde_busca/processaArquivo.php?codArquivo=345. Acesso em 17 de set. 2012.

KOEKE, Andreza Franzoi. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância como valores essenciais de proteção aos refugiados. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético**. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, jan./jun. 2009.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

PADILHA, Norma Sueli Padilha. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

RABELO, Érika Daniella Rodrigues Oliveira. A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do “mínimo existencial” com a “reserva do possível”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura**: Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. Artigo apresentado no XX Con, a ser publicado nos anais do evento.



SÓFOCLES. **A Antígona**. Transcrição de Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; POLEGATTI, Renato de Carvalho. Extradução: uma leitura sobre o viés das “penas”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

SOUZA, Tiago Clemente. Epistemologia do processo de conhecimento. In: **REGRAD UNIVEM**. Disponível em:

<http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/viewFile/261/284>. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

____. RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Questões Introdutórias acerca da argumentação jurídica e dos critérios interpretativos para o julgamento dos *Hard Cases*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e01938fc48a2cfb>. Acesso em 18 Dez. 2012.

STRECK. Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006.

TROVÃO JUNIOR, Marcino; STROPPIA, Tatiana. A proibição de cheque-caução nos atendimentos médicos de urgência: um exemplo de eficácia horizontal dos direitos sociais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.