

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RÔMULO GUBERT DE MELLO BRUM

**LIMITES E PERSPECTIVAS ACERCA DA JURISDIÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO
CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO DEBATE
ENTRE AS TESES PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS**

**RIO GRANDE/RS
2015**

RÔMULO GUBERT DE MELLO BRUM

**LIMITES E PERSPECTIVAS ACERCA DA JURISDIÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO
CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO DEBATE
ENTRE AS TESES PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rafael Fonseca
Ferreira

Rio Grande/RS
2015

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente à minha família, cuja lembrança me forneceu alento ao longo destes seis anos de modo que, apesar da saudade, nunca me senti sozinho. Este trabalho é também de vocês, Jacira, Gildázio e Nathália.

A minhas tias e avós, que me receberam de braços abertos enquanto precisei estudar em Santa Maria para impulsionar o aperfeiçoamento de minha formação.

À Raquel Pereira Pontes, pelo companheirismo responsável por encher meus dias com vida, conseguindo roubar-me um sorriso mesmo nos momentos mais complicados dessa jornada. Tenha certeza que minha vida jamais foi a mesma desde que te conheci. Impossível também deixar de mencionar Celso Antônio Coelho Pontes e Ilda Pereira Pontes, pelos finais de semana em São José do Norte cheios de carinho e simpatia.

A meu orientador, Rafael Fonseca Ferreira, pelo voto de confiança no patrocínio deste e de outros trabalhos, bem como pela amizade desenvolvida no desenrolar destes e a qual, tenho certeza, renderá bons frutos no futuro.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande, possibilitador do amadurecimento intelectual daquele que subscreve este trabalho.

Ao Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica pela Sustentabilidade (GTJus) que desde meu primeiro ano apontou os caminhos necessários, e nem sempre fáceis, para o desenvolvimento da atividade de pesquisa a qual me identifico. Devo uma menção especial à Natália Centeno Rodrigues que me ajudou incontáveis vezes ao longo de minha graduação além de mostrar-se uma amiga sem igual, a qual sempre poderá contar comigo para o que precisar.

Aos meus colegas de sala de aula, especialmente Lúcio Carobin Machado e Carlos Figueiredo dos Santos, pelo incessante diálogo ao longo destes seis anos de graduação.

RESUMO

BRUM, Rômulo Gubert de Mello. **Limites e Perspectivas acerca da Jurisdição na Concretização Constitucional no Brasil: Uma Abordagem a partir do Debate entre as Teses Procedimentalistas e Substancialistas**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito - Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Rio Grande.

O presente trabalho procura discutir a atuação da jurisdição na concretização constitucional no Estado Democrático de Direito pós-Constituição Federal de 1988. Para tanto, em um primeiro momento é posto em evidência o ocaso dos movimentos positivistas bem como a inadequação do neoconstitucionalismo como postura teórica apta a delinear um paradigma capaz de buscar a resposta da pergunta lançada por esta pesquisa. Subsequentemente são lançadas as bases para uma compreensão sobre a atual Constituição brasileira, a qual atribui ao Direito a função de transformação do *status quo* social e, por conta disso, acaba propiciando um cenário de protagonismo judicial, uma vez que os tribunais são, cada vez mais, pressionados a posicionarem-se pela realização constitucional mesmo em matérias ainda controversas no cenário político. A partir de então, são trabalhadas as posturas procedimentalista habermasiana e substancialista dworkiniana, as quais embora sejam compatíveis ao atribuir uma co-originariedade ao Direito e a moral, veem de maneiras diferentes o papel atribuído à jurisdição na concretização da Constituição. No terceiro capítulo são estudadas duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matérias controvertidas no contexto político: a ADIn 4277, a qual equiparou as uniões entre pessoas do mesmo sexo às formas familiares previstas na legislação e no próprio texto constitucional; e o MI 670, o qual estendeu a regulação da lei da iniciativa privada para os servidores civis públicos. Por fim, tenta-se responder qual das posturas estudadas (procedimentalismo/substancialismo) é capaz de fornecer um paradigma apto a orientar a jurisprudência brasileira na tarefa de realizar a Constituição. A metodologia de abordagem empregada foi a fenomenológico-hermenêutica, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental e métodos de procedimento histórico, monográfico e comparativo.

Palavras Chave: Direito. Constituição. Jurisdição. Procedimentalismo. Substancialismo.

ABSTRACT

BRUM, Rômulo Gubert de Mello. **Limits and Perspectives about the Jurisdiction in the Constitutional Implementation in Brazil: an Approach from the Debate between Proceduralists and Substantialist Theses.** 2014. Conclusion Work for Bachelor Law Degree Course. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Rio Grande.

This monograph seeks to discuss the proceeding of the jurisdiction in constitutional implementation in a constitutional democracy in the post-Federal Constitution of 1988 scene in Brazil. Therefore, are first put in evidence the decline of the positivist movements as well as the inadequacy of the neoconstitutionalism as a theoretical posture able to outline a paradigm able to seek the answer to question aimed by this research. Subsequently, the foundations for an understanding of the current Brazilian Constitution, which assigns to the law the transformation of the social *status quo* function and, because of that, provides a judicial role scenario, since the courts are increasingly more pressured to position themselves for the constitutional achievement even in still controversial issues on the political scene, are theorized. Since then, Habermas's proceduralist and Dworkin's substantialism postures become in evidence, which although they are compatible to assign a common origin to the Law and morals, provides different perspectives to the role assigned to the jurisdiction in the implementation of the Constitution. In the third chapter are discussed two judgments from Brazil's Supreme Court in controversial matters in the political context: the ADIn 4277, which equated unions between people of same sex to family manner prescribed by law and the constitutional text itself; and MI 670, which extended the regulation of private initiative strike law for public civil employees. Finally, attempts to answer which of the studied postures (proceduralism/ substantialism) is able to provide a paradigm able to guide the Brazilian law on the task of performing the Constitution. The approach methodology was phenomenological-hermeneutics, drawing on the techniques of bibliographical and documentary research and procedure methods are historical, monographic and comparative.

Key-words: Law. Constitution. Jurisdiction. Proceduralism. Substantialism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A EMERGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
1.1 Os problemas impostos à jurisdição constitucional contemporânea e a necessidade de superação do paradigma positivista	11
1.2 Um novo paradigma jurídico constitucional	19
2 A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELOS TRIBUNAIS: DE QUE MODO A DEMOCRACIA PODE ESTAR EM JOGO?	28
2.1 A justiça como procedimento	29
2.2 Substancialismo: Direito e Constituição temporais	36
3 O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NA REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	43
3.1 ADIn 4277 e MI 670: os limites da jurisdição constitucional	43
3.2 Procedimentalismo ou substancialismo: a que tipo de resposta do judiciário as pessoas tem Direito no Brasil pós-88?	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Em um país como o Brasil, historicamente marcado pela segregação e desigualdade social, a pergunta sobre o papel do Direito diante dessa conjuntura é inevitável. Por vezes visto apenas como uma racionalidade instrumental destinada a emprestar legitimidade ao exercício do poder por parte de alguns grupos sociais sobre outros, por outras visto como condição de possibilidade para a realização da democracia, o fato é que o sistema social jurídico é tensionado contemporaneamente diante do novo papel desempenhado pelos tribunais a partir da segunda metade do século XX.

Destarte, a perspectiva que o presente trabalho busca construir é a de que o Direito é condição de possibilidade para a realização da democracia, mormente no Brasil pós-Constituição de 1988, quando a teoria constitucional passa a se desenvolver incorporando elementos da moral e da política. Isso implica uma mudança paradigmática incompatível com a compreensão do sistema social jurídico apenas como um instrumento de regulação social. Passa-se, assim, a conceber o Direito como a condição de possibilidade para o impulsionar da participação cidadã, não mais limitada ao exercício do voto, mas viabilizadora da participação dos sujeitos no processo democrático a partir de uma ótica transindividual. Tal só é possível, outrossim, quando se passa a entender o fenômeno jurídico para além do paradigma representacionista/individualista, imbricando-o, ao invés disso, com a intersubjetividade possibilitadora do diálogo.

Por isso em um primeiro momento são desenvolvidos pressupostos no sentido de colocar em xeque as correntes teóricas que permitiram o Direito ser compreendido como uma racionalidade instrumental, especificamente os positivismo exegético/objetivista e normativista/kelseniano/subjetivista. Nenhuma dessas propostas, como se verá, se mostrará apta para explicar a legitimidade do Direito por conta de ainda se situarem em um paradigma filosófico cuja aporia é o sujeito solipsista da modernidade, o que inviabiliza o diálogo entre as dimensões de validade e legitimidade jurídicas, fundamental para a perspectiva aqui defendida. Ademais, embora abordadas brevemente, as teses neoconstitucionalistas como propostas para a fundação de um novo paradigma jurídico a partir da aproximação entre Direito e moral não conseguem ir além de superar o exegetismo, uma vez que ainda permanecem presas ao subjetivismo decorrente de uma equivocada concepção sobre o que sejam princípios constitucionais. Derradeiramente a primeira metade do capítulo inicial tem como objetivo também apresentar alguns dos resquícios deixados pelo positivismo jurídico no imaginário da

comunidade jurídica brasileira, apontando para os problemas advindos com o exercício da jurisdição constitucional a partir deles.

A segunda parte do primeiro capítulo tenta delinear a mudança paradigmática ocorrida no seio das teorias política e moral com a realocação da Constituição na teoria do Direito. Isso irá significar que já não se pode mais ver a normatividade constitucional como limitada à validade de normas jurídicas, pois ela passa a desempenhar um papel para a autonomização dos sujeitos nas democracias contemporâneas. Há, como se verá, um redirecionamento das tensões políticas dos Poderes Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário mediante um protagonismo judicial derivado tanto dos processos de judicialização como do ativismo judicial.

É dentro dessa discussão que o presente trabalho procura dar conta de apresentar duas perspectivas que se abrem para fornecer uma ótica sobre a jurisdição constitucional na democracia brasileira contemporânea. A primeira delas, a qual usualmente é denominada por procedimental (AVRITZER, 2013, p 105), tem em Habermas (2012) seu principal idealizador. Em linhas gerais, pode-se dizer que sob esta perspectiva a democracia pós-metafísica é possibilitada pela racionalidade comunicativa dos sujeitos integrantes de uma comunidade política, de modo que cabe a jurisdição constitucional tão somente uma atuação contramajoritária no sentido de preservar a autonomia política dos indivíduos, a qual se desdobra em uma esfera pública e outra privada, sendo responsabilidade das articulações políticas/discursivas a implementação de direitos e a fundamentação do Direito.

A segunda perspectiva trabalhada é a substancialista, mais propriamente a desenvolvida por Ronald Dworkin (2010) nos países de tradição anglo-saxônica e Lenio Streck (2013b) no Brasil. Para o teórico estadunidense, o Direito retira sua legitimidade a partir da moralidade política de uma comunidade e, partindo do pressuposto que todos os sujeitos dela integrantes têm direito a serem tratados com igual consideração e respeito, desenvolve a ideia de que os princípios são os meios pelos quais é possível manter a coerência e a integridade jurídicas, fazendo da igualdade o principal fundamento das democracias e do próprio Direito (DWORKIN, 2010, p. 419).

Duas advertências, todavia, devem ser feitas de antemão. A primeira delas é a seguinte: a classificação entre procedimentalismo/substancialismo dessas obras não significa que elas sejam absolutamente distintas, pelo contrário, como se poderá observar no capítulo 2 desse trabalho, a obra habermasiana aproxima-se em muitos pontos da de Ronald Dworkin, embora mantenham diferenças bastante claras no que diz respeito ao papel atribuído à jurisdição. O segundo aviso é o de que tal classificação não significa que os teóricos que eventualmente as subscrevem compartilhem uma única teoria, pelo contrário: o procedimentalismo de Habermas

é bastante diferente do propugnado por Ely (2010), que defende a tese de que a Constituição dos Estados Unidos se preocupa quase que exclusivamente com a organização daquele Estado, de modo que haveria pouco sentido atribuir uma finalidade concretizadora aos tribunais. Do mesmo modo, as teorias substancialistas de Streck (2013b) não são idênticas às de Ingo Sarlet (2010), pois aquele desenvolve sua obra a partir da imbricação entre as obras de Dworkin e Gadamer ao passo que este por meio da teoria alexyana dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo desse trabalho busca dar concretude ao debate desenvolvido pelas teses procedimentalista e substancialista no contexto brasileiro. Para isso, inicia pela análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, relativa a equiparação das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo com entidades familiares previstas no art. 1.723 do código civil e art. 226 da Constituição Federal, e o Mandado de Injunção 670, relativo ao direito de greve dos servidores públicos civis, o qual dependia da edição de lei para seu exercício e era obstaculizado pela omissão legislativa. A escolha de tais decisões, dentre a infinidade das que já foram proferidas pelo STF, se dá por conta do caráter paradigmático que elas representam: por meio delas a corte assentou sua competência para a concretização de direitos fundamentais, fornecendo um material rico para o estudo aqui empreendido.

Por derradeiro, é feita uma confrontação sobre a proposta habermasiana de cisão entre discursos de fundamentação e aplicação com a de Dworkin, cuja teoria vê como imprescindível uma reconstrução histórico-institucional do Direito em sua aplicação, posicionamento diametralmente oposto ao do autor alemão. Desse modo, pretende-se fornecer uma contribuição, ainda que modesta, ao debate no Brasil.

A metodologia da abordagem empreendida foi a fenomenológico-hermenêutica, na medida em que busca desconstruir conceitos e premissas construídas de forma apriorísticas, de modo a, intersubjetivamente, discutir as bases histórico-filosóficas que subjazem ao tema e que precisam vir à tona no âmbito pragmático-problemático. Trata-se como destaca Goyard-Fabre, comentando Husserl, de uma vontade de ruptura com os pensamentos tradicionais, revisão de hábitos consagrados e dos valores estabelecidos e, portanto, de uma tentativa de se trabalhar de forma anti-ideológica indo “às coisas mesmas”, em detrimento das “construções sistematizantes” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 253).

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

sobre o texto constitucional principalmente, mas também sobre a legislação e a jurisprudência.

Por fim, quanto ao método de procedimento, este será desenvolvido em três frentes: a primeira delas é a pesquisa histórica, investigando o passado das instituições visando verificar sua influência no presente; a segunda delas é o método comparativo, o qual objetiva estabelecer as diferenças e similitudes entre os diferentes grupos sociais, sociedades ou povos, permitindo explicar as influências que exercem uns sobre os outros, refinando a compreensão das instituições particulares; por fim, o método monográfico, que "consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos e comunidades, com a finalidade de obter generalizações" (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 90).

1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A EMERGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O problema referente ao papel assumido pelo Direito contemporaneamente diz respeito a uma transformação de sua compreensão empreendida ao longo do século XX. Isso porque o paradigma positivista passa cada vez mais a ser contestado no seio da comunidade jurídica: por um lado concepção mecanicista defendida pela exegese e pandectismo começava a soçobrar já no final do século XIX diante de teorias que buscavam ampliar os modos de investigação e aplicação do Direito; de outro, o normativismo kelseniano cindia os mundos prático e teórico, desvinculando a validade da legitimidade e o conhecimento da interpretação, o que passa a ser especialmente problemático a partir do segundo pós-guerra, quando a dogmática jurídica empreendeu uma virada paradigmática no sentido de aproximar a moral do Direito.

A partir de então a compreensão sobre a Constituição sofre uma mudança paradigmática: não ficando restrita ao fechamento do sistema jurídico diante da política e da moral, ela passa a incorporar elementos destes sistemas sociais. Isso implica uma nova perspectiva constitucionalista que objetive impulsionar o exercício da cidadania e, ao mesmo tempo, executar um projeto de sociedade, fazendo do Direito um ator na transformação do *status quo* social, e não somente um elemento de racionalização do exercício do poder.

É sobre essa temática que o primeiro capítulo deste trabalho se debruça. Dividindo-se em dois pontos ele procurar abordar primeiramente o crepúsculo do movimento positivista e apresentar seus resquícios ainda perceptíveis na comunidade jurídica brasileira, posicionando-se, ainda que brevemente, sobre a insuficiência do neoconstitucionalismo para uma devida (e necessária) viragem paradigmática na teoria jurídica. Uma vez trabalhados esses pressupostos, o segundo tópico visa evidenciar a transformação ocorrida nas teorias do Estado e da Constituição com a nova perspectiva constitucional aberta a partir da segunda metade do século XX, relacionando-a ainda as perspectivas substancialista e procedimentalista a serem desenvolvidas no capítulo subsequente.

1.1 Os problemas impostos à jurisdição constitucional contemporânea e a necessidade de superação do paradigma positivista

Se contemporaneamente o constitucionalismo brasileiro precisa ser compreendido a partir de um paradigma filosófico capaz de dar fundamentação intersubjetiva ao Direito, de modo que este não pode ser entendido adequadamente quando tratado apenas como um mecanismo de controle social ou uma racionalidade instrumental, ainda percebe-se uma resistência do modelo positivista no imaginário institucional e de parcela da comunidade jurídica brasileira, algumas das quais serão postas em evidência no decorrer deste tópico.

Não obstante, para o correto entendimento desse capítulo uma advertência preliminar se faz necessária: o positivismo jurídico não deve ser compreendido como um movimento linear e uniforme nos diversos países e períodos históricos nos quais se manifestou. Portanto, como pode ser depreendido da leitura da obra de Bobbio (2006, p 45 e ss), se a escola da exegese e o pandectismo (correntes contemporâneas no século XIX na França e Alemanha, respectivamente) possuem elementos em comum como a ambição de objetividade do conhecimento jurídico e compartilham a relação sujeito-objeto da modernidade, e assim não são simplesmente movimentos esparsos que ocorreram em um dado momento coincidente, também não podem essas concepções serem compreendidas como uma mesma coisa, já que cada uma tentava buscar soluções para determinados problemas teóricos e políticos determinados.

Devido às semelhanças entre essas duas escolas e por ser a francesa mais conhecida no Brasil, será ela o modelo inicialmente trabalhado. Um primeiro momento que pode ser considerado influenciador da exegese, e que podemos denominar de teórico-filosófico advém do próprio constitucionalismo francês, onde a ideia de uma soberania popular consubstanciada no parlamento atribuía ao Poder Legislativo uma característica de racionalidade intrínseca, sendo a legislação o modo privilegiado de manifestação da vontade geral rousseauiana (DANTAS, 2009, p. 121). Essa estrutura da divisão dos Poderes francesa baseava um imaginário no qual ao Judiciário não era dada a criação de Direito, competência única e exclusiva dos representantes do povo, ficando sua atuação restrita à famosa expressão "boca da lei" (BOBBIO, 2006, p. 79). Com efeito, a principal premissa da escola da exegese era o de objetividade do conhecimento jurídico. As respostas às perguntas levadas até o juiz seriam obtidas de antemão por uma série de operações sintáticas capazes de delimitar o sentido e a abrangência da norma (que se confundia com o texto) e, no momento de sua aplicação, procederia o magistrado a um processo de subsunção do fato ao sentido normativo (BOBBIO, 2006, p. 220).

Aliada a essa percepção estava a de completude do ordenamento jurídico por conta de

o próprio movimento codificador ter incorporado as discussões romanísticas no código de Napoleão. Com Streck (2013a, p. 86) é possível inferir que essa será uma mudança marcante nos países da tradição do *civil law*, onde a influência dos institutos do *Corpus Iuris Civilis* era especialmente sentida devido ao caráter complementar que o Direito romano possuía em relação aos Direitos de cada Estado e seu estudo ainda exercia forte influência nas investigações sobre os institutos jurídicos pré-codificação. Bobbio ainda traz à baila a discussão ocorrida na comunidade jurídica francesa em torno do art. 4º do Código napoleônico que estatuiu a vedação de *non liquet*, obrigando o juiz a fornecer uma resposta aos fatos até ele levados mesmo quando a lei fosse omissa ou obscura. O debate girava em torno de então saber se o juiz buscaria respostas por meio de suas próprias convicções de justiça ou deveria extrair da lei princípios gerais aplicáveis a casos semelhantes e, na ausência destes, a própria analogia. Devido à forte convicção objetivista da exegese a opção defendida foi obviamente a segunda, embora a proposta dos redatores do código fosse pela primeira. Como última influência, embora não menos importante para a consolidação da exegese, podem ser apontadas as pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos de ensino superior de Direito com o objetivo de que nelas somente fosse ensinado o Direito positivo, devendo serem abandonadas as teorias gerais do Direito e as perspectivas jusnaturalistas (BOBBIO, 2006, p. 74 - 81).

As correntes objetivistas do Direito começam a entrar em declínio entre o final do século XIX e começo do XX, momento em que sucumbiam às críticas de que a legislação não conseguiria abranger a totalidade das questões levadas até os tribunais. Entendiam os críticos que era "preciso atrelar o estudo do direito à origem social dessa disciplina – vale dizer: era necessário saber perceber qual é a 'finalidade do direito', como diria o segundo Ihering – suscitando as bases genéticas que constituem os conflitos que o direito pretende resolver" (STEIN; STRECK, 2014, p. 42).

As insuficiências ocasionadas pela limitação do método lógico subsuntivo da exegese começara a fazer com que a dogmática jurídica passasse a procurar caminhos alternativos de investigação do Direito, tendência que era proposta já por Savigny (da escola histórica alemã) e posteriormente por Ihering (do formalismo jurídico alemão) (WARAT, 2004, p. 158). A escola da livre investigação científica, que teve em François Geny um de seus mais ilustres defensores e também um dos principais críticos da exegese, embora não desacreditasse a ideia de um ordenamento jurídico, defendia que na lacuna da lei a livre investigação da realidade social deveria ser tomada como base para o desenvolvimento de respostas na seara jurídica (WARAT, 2004, p. 159). Desse modo, no começo do século XX multiplicavam-se as teorias e movimentos que, embora não abandonassem a ideia de uma sistematicidade para o Direito, invocavam

fatores de incidência externos a ele como medida de atenuação do rigor lógico da então tradicional dogmática jurídica (STEIN; STRECK, 2014, p. 43).

É nesse contexto que Hans Kelsen¹ se preocupa em reabilitar uma teoria do Direito com características e métodos próprios, libertando-a dos elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 2009, p. 1). O recurso utilizado pelo autor austríaco em seu intento é dividir o Direito em dois momentos distintos. O primeiro deles refere-se aos meios pelos quais é possível a interpretação de determinados fenômenos, operando as normas como uma verdadeira metalinguagem da realidade na medida em que são a condição de possibilidade para a qualificação de um determinado fato como jurídico, produzindo-se enunciados prescritivos. Um segundo momento de metalinguagem é quando as próprias normas (que na obra kelseniana resultam da interpretação e, portanto, não se confundem mais com o próprio texto da lei) passam a ser objeto de estudo do cientista do Direito. Nessa segunda etapa as asserções caracterizam-se por serem descritivas, tal como em outros ramos da ciência, como a biologia (ROCHA, 2005, p. 72).

É importante assinalar que essa diferenciação não decorre somente de uma característica expositiva no interior da Teoria Pura do Direito, mas sim de uma cisão incontornável entre uma razão prática, destinada à interpretação e aplicação do Direito, e uma razão teórica, responsável pelos enunciados próprios à ciência jurídica. Nesse sentido é significativa a seguinte proposição:

A questão de saber qual é (a interpretação), de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas (KELSEN, 2009, p. 393).

Dessa passagem se conclui que a preocupação primordial de Kelsen² estava dirigida a

1 É importante ser frisado que Kelsen não é uma continuidade linear da exegese ou da jurisprudência dos conceitos. Existem diferenças importantes entre essas teorias, a principal delas diz respeito ao fato de o autor austríaco reconhecer a diferença existente entre texto e norma (a última decorrendo da interpretação do primeiro). Ademais, a preocupação de sua teoria dizia respeito à depuração da ciência jurídica (e não do Direito propriamente) dos elementos a ela alheios. Em outras palavras, o objetivo de kelseniano é conferir ao conhecimento jurídico um estatuto epistemológico próprio (KELSEN, 2009, p. 1).

2 Isso não significa que Kelsen tenha ignorado o problema da interpretação do Direito. Pelo contrário, como idealizador de um tribunal constitucional nos países europeus esse ponto foi explorado em boa parte de sua carreira acadêmica (KELSEN, 2007). Contudo, persiste a cisão entre as realidades prática e teórica, de modo que o próprio controle de constitucionalidade concentrado ficava alocado no plano da política jurídica, não da teoria do Direito propriamente.

ciência do Direito. A pergunta que movia seu trabalho era "como pensar cientificamente o Direito?", "o que é ciência do Direito?". Desse modo, a teorização do autor austríaco era no sentido de expor o que é e como é o Direito sem a preocupação de transformá-lo, justificá-lo ou (des)qualificá-lo através de perspectivas alheias a ele, sendo que a pureza não estava localizada no objeto estudado, mas sim no próprio modo como ele era estudado, despido de juízos de valor (WARAT, 2004, p. 71 - 72). Esse alheamento axiológico que o estudioso do Direito deveria possuir em relação ao seu objeto restringia sua atuação somente à razão teórica, que pretensamente não encontrava fundamento no mundo prático, o qual estaria irremediavelmente contaminado pelo casuísmo e relativismo (STRECK, 2013a, p. 66).

O problema da cisão entre as razões prática e teórica é, todavia, comum tanto ao exegetismo quanto ao normativismo kelseniano. Isso ocorre em virtude de ambas estarem situadas no paradigma da filosofia da consciência, na qual o conhecimento se funda a partir de uma relação sujeito-objeto e não sujeito-sujeito. É dizer: o conhecimento se fundava a partir de um rigoroso controle lógico sobre o discurso científico, sendo o método o caminho privilegiado para a afirmação de sua validade. Como resultado, acabam esses positivismos sendo deficientes no que diz respeito à aplicação do Direito, pois o conhecimento ficava adstrito ao âmbito de validade das normas jurídicas, sendo a legitimidade relegada a uma teoria política que pouco podia contribuir na discussão com o Direito diante das complexidades do mundo prático (STRECK, 2013a, p. 65). Com efeito, sofria a dogmática jurídica de um *déficit* democrático conforme não conseguia pautar-se em uma compreensão intersubjetiva do Direito, ficando caudatária de um solipsismo por parte sujeito cognoscente.

Ademais, é ainda possível perceber-se uma certa resistência positivista no imaginário da doutrina brasileira em pleno Estado Democrático de Direito. Desse modo, o próprio Direito que deveria ser encarado como um mecanismo de transformação social fica inoperacionalizado em vista da incapacidade da comunidade jurídica em fornecer respostas às questões transindividuais que são incorporadas pelo constitucionalismo contemporaneamente (STRECK, 2011, p. 43 e ss). Isso porque se em um primeiro momento a moral (mundo prático) ficava de fora dos problemas atinentes ao Direito, hoje ambos são cooriginários, tal como se poderá perceber nos itens subsequentes com as teorias discursiva de Habermas e interpretativa de Ronald Dworkin.

Não obstante, essa separação entre Direito e moral passa, cada vez mais, a ser objeto de contestação da comunidade jurídica em diversos países desde a segunda metade do século XX, de modo que se começou a defender que as diversas Constituições expressavam também determinados valores substanciais de uma determinada sociedade no intuito de transformar suas

próprias estruturas em busca de um ideal de igualdade, movimento este que passou a denominar-se como neoconstitucionalismo (DALLARI, 2010, p. 250 e ss), termo cunhado, na teoria do Direito, por uma série de autores espanhóis e italianos que passam a caracterizar o conhecimento jurídico a partir de então como não mais satisfeito com as propostas de legitimação e interpretação oferecidas pelo positivismo jurídico, de modo que obras como a de Ronald Dworkin, entendidas em sua melhor luz, seriam os marcos dessa virada paradigmática (STRECK, 2014a, p. 26).

O grande papel atribuído aos princípios constitucionais faz com que surjam correntes as quais Ferrajoli denomina por constitucionalismo principialista, as quais defendem que com "princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas humanas e os direitos fundamentais, desapareceria o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre Direito e moral, ou seja, entre validade e justiça". Para o autor italiano, as características desse movimento podem ser caracterizadas em três pontos: 1) a crítica ao positivismo jurídico por conta da separação advogada por este entre o Direito e a moral; 2) o papel cimeiro adquirido pela argumentação jurídica por conta de os direitos fundamentais serem concebidos não apenas como regras, mas sim princípios, os quais entram em conflito conforme as particularidades dos variados casos concretos levados até o judiciário, sendo imprescindível, então, uma ponderação para que os juízes possam fornecer respostas em Direito e 3) a formulação do Direito como uma "prática" desenvolvida pelos próprios juízes no exercício de sua jurisdição (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 19 - 21).

Outrossim, a crítica dirigida ao movimento neoconstitucionalista (ou constitucionalismo principiológico, como prefere Ferrajoli) diz respeito ou à sua proposta de consubstanciar Direito e moral ou então quanto ao modo como tal aproximação ocorre. Nesse sentido, a proposta teórica de Ferrajoli, por exemplo, é a de um constitucionalismo garantista, de modo que

O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho positivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um complementamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o "ser", mas também o "dever ser" do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 23).

Com efeito, embora para o teórico italiano o constitucionalismo pós Segunda Guerra tenha incorporado conteúdos substanciais aos textos constitucionais, isso não significa, em

contrapartida, que tenha ocorrido uma conexão conceitual da moral ao Direito, pois, para Ferrajoli, tal tese implica um enfraquecimento da normatividade da própria Constituição por conta de tal separação ser corolário da própria legalidade, impondo um duplo limite aos juízes e agentes políticos: enquanto aqueles devem submeter-se somente à lei conforme à Constituição, estes não podem valer-se do Direito como instrumento para a institucionalização de uma moral determinada em detrimento das outras (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 23-24).

Embora concorde com parte significativa das críticas de Ferrajoli ao neoconstitucionalismo, Streck entende ser correta a ideia de que Direito e moral passam a ser cooriginários. Contudo, diferentemente do constitucionalismo principialista, aposta em uma imbricação entre as teorias de Gadamer e Dworkin para advogar a tese de que a responsabilidade dos princípios é a de trazer o mundo prático para dentro da seara jurídica, não como instrumentos corretivos desta a partir da própria moral e da política, mas porque já há uma moralidade institucionalizada pela comunidade política ao longo da história (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 76 – 77). Nesse sentido, os princípios dizem respeito há um conjunto de práticas e ideias legadas aos sujeitos por meio da tradição que condicionam a aplicação de qualquer norma para que este processo não fique adstrito apenas à semântica ou à subsunção. Como resultado o que há não é uma abertura interpretativa, mas um fechamento, na medida em que o intérprete é condicionado pelos princípios a decidir em um determinado sentido (STRECK, 2014a, p. 37 – 38).

Conforme salienta o autor gaúcho (STRECK, 2014, p. 27), em um primeiro momento a importação da expressão neoconstitucionalismo e de algumas ideias defendidas por esse movimento para o Brasil (que até a Constituição de 1988 sofreu com a intercalação entre regimes autoritários e democráticos) deu-se no intuito de que no país se desenvolvesse a concepção de um constitucionalismo compromissário, dirigente e instituidor de uma efetiva democracia. Todavia, entende também que passadas duas décadas da Constituição brasileira de 1988, algumas das teses advogadas pelo neoconstitucionalismo acabaram por degenerarem-se em determinadas perspectivas ensejadoras de fragilização da normatividade constitucional.

Veja-se nesse sentido o fenômeno denominado por panprincipiologismo, uma bolha especulativa de pretensos princípios que terminaram por servir como álibis teóricos os quais acabam por dispensar uma reconstrução histórica do Direito mais acurada (STRECK, 2014b, p. 524 e ss). Cite-se como exemplos os princípios da "instrumentalidade das formas", "verdade real" ou da "proteção", frequentemente mencionados como integrantes de uma "principiologia" nos âmbitos do processo civil, penal e do trabalho, respectivamente. A verdade é que todos, a

pretexto de servirem como fundamento jurídico para a busca do juiz pela verdade ou da proteção do trabalhador, acabam por fragilizar a normatividade constitucional, afinal um devido processo legal é um direito fundamental.

Do mesmo modo, a defesa de um "livre convencimento motivado" por parte do juiz ainda demonstra como parcela da comunidade jurídica ainda permanece atrelada a uma percepção subjetivista da atividade judicial. A partir de uma concepção contemporânea de constitucionalismo já não é mais possível falar em uma decisão a qual não efetue uma devida reconstrução dos princípios endossados por uma determinada comunidade política. Como acima referido, há uma tradição hermenêutica que condiciona a interpretação. Há, portanto, um ônus argumentativo por parte do intérprete no sentido colocar em evidência o compreendido, confrontando seus pré-juízos com uma história institucional que afirma determinadas virtudes políticas. Não há, assim, um livre convencimento, mas um dever de decidir respeitando a coerência e a integridade do Direito (STRECK, 2013a, p. 61 e ss).

Como resultado da introjeção dessa concepção equivocada sobre princípios aliada a um paradigma subjetivista de interpretação, a fragilização da integridade do Direito atingiu tal patamar que cada vez mais os tribunais superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal se veem diante da necessidade de editar súmulas firmando entendimentos em determinado sentido, chegando até mesmo a haver a institucionalização das chamadas súmulas vinculantes. Essas, baseadas em uma concepção equivocada sobre o que sejam precedentes no *common law*, procuram engessar a interpretação em um determinado sentido por meio de uma disposição normativa emitida pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que isso não resolve o problema já que a própria súmula vinculante, assim como qualquer outra lei ou decreto, precisa ser interpretada. Ora, esse é justamente o problema: os precedentes não devem ser normativos, eles são interpretativos, não fazem sentido quando tomados isoladamente, somente quando retomada a discussão que os ensejou para que possam ser aplicados em casos semelhantes (ABBOUD; STRECK, 2014, p. 112 e ss).

Destarte, outro ponto que chama atenção é a existência de uma lei de introdução às normas do Direito Brasileiro que, em seu art. 4º determina que na omissão ou obscuridade da lei deverá o juiz julgar conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Trata-se verdadeiramente da tentativa de institucionalizar a metodologia exegética para a resolução dos problemas advindos da interpretação do Direito, denunciando a existência de um *déficit* democrático na epistemologia de parcela da comunidade jurídica brasileira, ficando o juiz encarregado de ser o fiel da balança apto a encontrar as respostas para os casos concretos a partir de um método (analogia) ou por meio de princípios dedutíveis do ordenamento. O recurso

à analogia aponta no sentido de ainda acreditar-se na possibilidade de cindir interpretação e aplicação do Direito. A subsunção não era o método de aplicação da lei na exegese por acaso: se o sentido do texto poderia ser obtido de antemão através da sintaxe, caberia apenas ao julgador operar um silogismo de adequação do caso concreto ao sentido obtido com o texto. A analogia, como registra Bobbio (2006, p. 216 e ss), é apenas um tipo de dedução na qual a premissa menor ao invés de constituir um juízo de identidade é responsável por uma afirmação de semelhança relevante o suficiente para concluir pela aplicação da mesma regra ao fato.

O que deve ficar registrado nessa incursão teórica até aqui realizada, é que não se pode apostar seja em posturas subjetivistas seja em posturas objetivistas na aplicação do Direito. Pela primeira permanece-se sem superar uma fatalidade assumida por Kelsen: a discricionariedade. Como esta desenvolve-se sem um devido controle principiológico por conta do panprincipiológico, o resultado, por mais paradoxal que possa parecer, é uma aposta no objetivismo que tanto a súmula vinculante quanto o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem em comum, escancarando o quanto o Direito brasileiro ainda permanece valendo-se de concepções características da exegese, justamente as quais, novamente de maneira paradoxal, tenta afastar-se.

É inegável que a superação do positivismo impõe uma perspectiva intersubjetiva de compreensão do Direito. Não obstante, existe atualmente a discussão sobre qual deve ser a atribuição da justiça constitucional nesse cenário: se restrita à condição de garantidora de um espaço público democrático ensejador de uma condição ideal de comunicação para formação de um consenso ou ainda com a atribuição de uma perspectiva de concretização dos direitos fundamentais sociais e supervisor da execução do projeto constitucional conforme sua materialidade. Junto com essa discussão o capítulo subsequente irá tentar mostrar as implicações da adoção de uma ou outra destas teses, bem como apontar qual delas é a adequada ao cenário brasileiro.

1.2 Um novo paradigma jurídico constitucional

A Constituição Federal de 1988 inaugura no Brasil o Estado Democrático de Direito, estatuidando o objetivo da atuação estatal em impulsionar a participação democrática da sociedade civil no jogo político ao mesmo tempo em que visa a superação dos *déficits* sociais históricos

brasileiros (STRECK, MORAIS. 2001, p. 93). Esse paradigma impõe a necessidade de um novo olhar sobre o Direito, o qual não pode mais ficar confinado a um meio de regulação social. Ao contrário, deve ele ser visto como condição de possibilidade para a concretização de uma democracia constitucional garantidora de direitos e transformadora do *status quo*.

Desse modo, a expressão "Democrático" que se agrega à de Estado de Direito não fica restrita a uma reafirmação da democracia formal. Conforme Fioravanti (2007, p. 102), na segunda metade do século XVIII já havia o tradicional embate entre as teses constitucionalistas, as quais pretendiam o exercício de um poder estatal limitado através de um corpo de leis irrevogáveis, e os teóricos defensores da soberania popular, especialmente inspirados nas obras de Rousseau, para quem o povo, por meio da vontade geral, teria poder de decisão sobre todas as convenções as quais fizesse parte, inclusive o próprio contrato social. O desfecho dessa discussão deu-se através da ideia de Poder Constituinte que

[...] ejercitado por los colonos americanos, por los pueblos de los Estados americanos, por el pueblo americano, por la nación y el pueblo francés, pone en discusión la relación entre tradición constitucionalista y soberanía popular por razones que se intuyen con facilidad. En el ejercicio del poder constituyente estaba contenida una indestructible expresión de la soberanía, con la que todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir toda una nueva forma política. Era lo que el constitucionalismo siempre había temido. Pero lo que realmente extraordinario de lo que estaba sucediendo era que esa misma voluntad soberana tendía a asociarse explícitamente a la constitución, a convertirse en voluntad generadora de orden, de renovada estabilidad. El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado como el punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones de la soberanía y la de la constitución, tienden a confluir, a relacionarse (FIORAVANTI, 2007, p. 103).

A imbricação entre o constitucionalismo de feição liberal e a democracia formal desde então passam a encontrar um ponto de estofa comum. Destaque-se, entretanto, que o enfrentamento do absolutismo pelo iluminismo acabara conduzindo a uma concepção de legislador racional, o qual na condição de representante do povo não poderia agir contrariamente aos interesses deste. Essa figura de um legislador racional acabava por ensejar um contexto político pouco propício para a implementação dos ideais constitucionais, pois estes ficam sujeitos a um critério de conveniência política e mesmo as liberdades individuais somente encontravam eficácia na medida em que havia uma mediação reguladora do Legislativo. Quanto ao voto, embora fosse tido como um universal, somente parcela abastada da população efetivamente possuía a prerrogativa de exercê-lo (DANTAS, 2009, p. 130 - 131).

O qualificador "Democrático" incorporado à noção de Estado de Direito hodiernamente significa uma participação estatal na transformação do *status quo* social. A postura absentista do Estado no decorrer do século XIX acabara por evidenciar que o próprio mercado desregulamentado poderia servir como um fomentador de desigualdade social e

exploração de pessoas por seus pares. O aprofundamento da Questão Social³, assim, impunha uma nova perspectiva constitucional que se abre com as Constituições do México de 1917 e Weimar de 1919. Ambos os documentos institucionalizam um ideal utópico de transformação da sociedade e expressando um "consenso tácito proveniente de uma comunidade política acerca das responsabilidades pela promoção de determinado estado que seja viável à superação da Questão Social, como também à integração entre capital e trabalho" (DANTAS, p. 187). O constitucionalismo social era decorrente da defesa de uma autorrepresentação da comunidade política não mais formada por indivíduos cuja a concorrência entre si era ensejadora de um alinhamento de interesses, mas como uma comunidade que compartilhava a responsabilidade de proteção de seus membros em prol da melhoria das condições materiais de vida e da consecução de objetivos comunitariamente definidos (DANTAS, 2009, p. 182).

Entretanto, pesou contra o constitucionalismo social a não virada paradigmática no que diz respeito à compreensão das novas atribuições constitucionais. O ressurgimento da necessidade de uma *interpositio legislatoris* para a efetivação de direitos de cunho prestacional fragilizava sobretudo a atuação estatal.

Tal ressurgimento pode decorrer de quatro fatores, distintos, mas interligados: o primeiro consistia, ainda, na posição ascendente que a lei e, conseqüentemente, a função legislativa possuem, destacadamente em face da Administração Pública, que só pode atuar diante de expressa previsão legal. O segundo derivou do ambiente político em que fora promulgado o texto de Weimar, não havendo, como já mencionado, ampla maioria partidária de quaisquer das tendências ideológicas subjacentes às discussões e debates na Assembleia, ensejando a adoção de cláusulas compromissórias, deferindo ao futuro a opção por um dos termos; outro fator se consubstancia na absoluta impossibilidade de a Constituição esgotar a disciplina dos vários direitos sociais consagrados e das imposições omitidas ao Poder Público, até porque, ao contrário do que concebido com relação às liberdades, os direitos sociais e as tarefas dele decorrentes impunham a exigência de prestações do Estado, de sua atuação (DANTAS, 2009, p. 207. Grifos do autor).

O desenvolvimento dos movimentos constitucionais ainda traria em seu bojo a noção de um controle de constitucionalidade difuso nos Estados Unidos já no começo do século XIX com o julgamento de *Marbury vs. Madison*, e um modelo concentrado na Europa a partir do século XX com a instituição dos tribunais constitucionais, modelo cujo um dos grandes idealizadores foi Hans Kelsen (2007). O desenvolvimento de uma teoria da jurisdição constitucional significou a preocupação com o abuso de poder não mais exercido pelo monarca, mas pelo próprio Legislativo. Tal constatação é bastante nítida no movimento constitucional

3 Conforme Dantas (2009, p. 176) "a pobreza, a miséria, em síntese o pauperismo, gerado pelas condições precárias de subsistência para quem não detinha propriedade e, assim, sujeitava-se a ser assalariado como também, e mais gravemente, para quem não conseguia sequer o trabalho para que pudesse receber o salário, compunha o trágico quadro que se convencionou chamar de Questão Social, trazendo insegurança social e a marginalização."

estadunidense, pois a independência daquele país que enquanto colônia convivera com o modelo inglês e, portanto, com a ideia de monarquia parlamentarista, encontrava-se fortemente influenciada pela noção de que mesmo o Legislativo sem um devido controle poderia tornar-se um Poder arbitrário, percepção essa bem expressa pelo lema "*no taxation without representation*", uma vez que o parlamento inglês possuía a prerrogativa de estatuir tributos sobre suas colônias sem que essas possuíssem direito a representação (CANOTILHO, 2003, p. 58).

Ademais, no segundo pós-guerra ocorre uma transformação emblemática nas discussões acerca do papel atribuído à Constituição. Isso porque estas deixam de ser apenas estatais e passam a ser também políticas, incorporando conteúdos da política e englobando princípios de legitimação do poder. Esse marco impôs uma nova compreensão sobre as questões constitucionais que já não se limitavam ao problema da normatividade, uma vez que diziam também respeito à concretização de um projeto político constitucional. O debate constitucional passa então a referir-se àqueles que entendem a Constituição como um plano de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e aqueles que entendem a Constituição como aspirante a um plano global determinador de tarefas, estabelecedor de programas e definidor de fins para o Estado e para a sociedade (BERCOVICI, 2004, p. 10).

É a partir da imbricação desses dois fatores (consolidação da jurisdição constitucional⁴ e incorporação da política e da moral pelo Direito) que assume fulcral relevância a função da jurisdição constitucional como protetora dos direitos e garantias constitucionais também de cunho prestacional por parte do Estado. É dizer, o controle de constitucionalidade não fica mais restrito a avaliação de validade da legislação a partir da Constituição, mas diz respeito igualmente à própria efetivação dos direitos fundamentais na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. É emblemática a inserção do Mandado de Injunção no art. 5º, inc. LXXI da Constituição Federal, pois além dessa nova postura exigida do Judiciário, implica a necessidade de este "rever sua relação com as questões políticas fundamentais para modificação positiva de nossa sociedade" (BRAVO *et all*, 2009, p. 25 - 31). Isso significa que por meio da jurisdição constitucional os tribunais podem servir como via de resistência a eventuais investidas do Legislativo e Executivo que venham a representar um retrocesso social ou ineficácia de direitos individuais ou sociais (STRECK, 2013b, p. 45).

4 Repare-se que esse elemento é mais específico dos países europeus de meados do século XX, uma vez que os Estados Unidos já passavam pelo debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade desde o começo do século XIX. No Brasil, embora a jurisdição constitucional fosse desenvolvida desde a Constituição de 1891, é somente em 1988 que se pode afirmar ter o Judiciário desenvolvido autonomia para devido desenvolvimento dessa atribuição.

Pode-se dizer ainda com Streck (2013b, p. 44 – 45) que o texto constitucional brasileiro estatuidor do Estado Democrático de Direito consagra os princípios da democracia econômica, social e cultural mediante os seguintes pressupostos deontológicos: impõe aos órgãos de direção política e administração o desenvolvimento de atividades conformadoras e transformadoras do domínio econômico, social e cultural no sentido de promover uma democracia social; a autorização para que o Legislativo e os demais órgãos adotem medidas destinadas a concretizar uma justiça social; a proibição de retrocesso social; a vinculação da interpretação da legislação e atos administrativos advindos de todos os órgãos do Estado aos ditames constitucionais, inclusive aqueles de índole social, econômica e cultural e; sua imposição como fundamento das pretensões jurídicas aos cidadãos, ao menos no que diz respeito aos casos de condições mínimas de existência.

O Direito, outrossim, precisa visto como um possibilitador de transformação social, uma vez que a lei passa a ser, "*privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado*, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendias pela ordem jurídica" (STRECK, 2011, p. 47. Grifos do autor). O Estado Democrático de Direito, portanto, representa a vontade constitucional de realização de um Estado Social, sendo significativa a constatação da série de mecanismos destinados a resgatar os direitos de segunda e terceira dimensões⁵ como a ação civil pública, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção (STRECK, 2013b, p. 101).

O caráter inovador assumido pelo constitucionalismo contemporaneamente age de modo a influenciar a constitucionalização do Direito mediante três aspectos interligados: um material, pois Constituição recepciona determinadas exigências da moral crítica com os direitos fundamentais, o que aponta para uma concepção não positivista de Direito, pois este passa a estar conceitualmente vinculado a moral; um estrutural, uma vez que há a constitucionalização do ordenamento, sendo exigida uma argumentação e interpretação jurídicas fundamentadas em princípios constitucionais e; um aspecto político, o qual reorganiza a tradicional separação dos Poderes, fazendo com que haja um deslocamento de um protagonismo legislativo em direção ao Judiciário. De fato, hodiernamente as duas premissas que sustentavam a ilegitimidade de uma jurisdição constitucional – soberania do parlamento e separação dos Poderes – já não

5 Bobbio (1992, p. 5 - 6) ao defender a concepção de que os direitos humanos são históricos, os classifica em três "gerações", conforme o conteúdo que os informa e o momento histórico em que surgiram. Tal classificação, embora amplamente difundida, é hoje bastante criticada em virtude de fornecer uma perspectiva de linearidade e progresso no desenvolvimento dos direitos humanos ao longo da história, o que encoberta a circunstância dos riscos de retrocessos e negações ao acesso dos mesmos. Preferindo adotar a classificação de dimensões dos direitos humanos, a qual põe em relevo a abrangência que esses vão tomando ao longo da história e abrindo mão da ideia de progresso contida no teórico italiano ver Gorczewski (2008, p. 32)

encontram correspondência com a realidade político-constitucional contemporânea, já que a soberania foi deslocada do Legislativo em direção a Constituição ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional implicou um caráter contramajoritário à normatividade constitucional, fazendo com que a divisão dos Poderes fosse suplantada pela garantia dos direitos fundamentais à população (STRECK, 2013b, p. 114 e ss).

Não são poucos, contudo, os desafios enfrentados na firmamento do Estado Democrático de Direito. Se por um lado o contraste entre os direitos fundamentais e a desigualdade social aliada à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo brasileiros favorecem o desaguar de demandas no Judiciário, por outro a ausência de uma devida compreensão da Constituição contemporaneamente impulsiona o ativismo judicial, reforçando a concepção de que os tribunais devem ocupar-se de matérias que originalmente deveriam ser discutidas na seara política, o que ocasiona um *déficit* de legitimidade do Direito, passando este a ser cada vez mais fragmentado e a encontrar menor respaldo democrático conforme assume a responsabilidade de tomar as decisões políticas exigíveis dos órgãos representativos. Outrossim, o controle de constitucionalidade brasileiro, classificado como misto por agregar elementos tanto do sistema difuso quanto concentrado, atribui ao Judiciário a competência para avaliar a legitimidade/validade dos atos oriundos dos demais Poderes.

Esse cenário de protagonismo judicial⁶ termina, portanto, deslocando o polo de tensão político dos Poderes representativos (Executivo e Legislativo) em direção ao Judiciário, fazendo com que seja necessária a aproximação entre a validade e a legitimidade das decisões provenientes da jurisdição constitucional. A construção da democracia brasileira é, afinal, atravessada pelo Direito, e isso impõe que este não seja pensado somente como uma técnica ou racionalidade instrumental. No atual paradigma constitucional, ademais, é preciso ser firmada a autonomia do jurídico diante da moral e da política, o que não é a defesa do isolamento daquele diante destes, mas antes o contrário: significa que na própria Constituição estão contidos os elementos materiais que direcionam a atuação moral e política do Estado, justamente as quais vinculam todos os Poderes em suas decisões políticas. Por isso não é possível falar-se hoje em uma discricionariedade do legislador (ou do Executivo) do mesmo

6 Protagonismo judicial, judicialização da política e ativismo judicial são conceitos que não se confundem. O primeiro diz respeito a um cenário em que os outros dois ocorrem e que acaba deslocando o polo de tensão político em direção ao Judiciário (STRECK, 2013b, p. 47). O segundo é contingencial e acompanha as sociedades desde o constitucionalismo contemporâneo na medida em que este traz direitos e regulações que possibilitam um maior desaguar de demandas no Judiciário devido às omissões dos demais Poderes (TASSINARI, 2013, p. 32). O último, por sua vez, diz respeito a uma postura do próprio Poder Judiciário na maneira pela qual ele realiza a jurisdição constitucional, revestindo-se de supremacia para além de sua competência constitucional (TASSINARI, 2013, p. 36).

modo que é completamente inadequada uma ideia de livre convencimento do juiz.

Nesse aspecto pode-se dizer que tanto as propostas procedimentalistas quando substancialistas estão de acordo⁷. Pois como infere Habermas, as teorias procedimentalistas levam à conclusão de que "não se consegue explicar, a legitimidade da legalidade, a partir de uma racionalidade independente e, por assim dizer, instalada na forma jurídica, de um modo moralmente livre; ela tem, antes, que se basear numa relação interna entre moral e direito." (HABERMAS, 1998, p. 30). Desse modo, é a partir da incorporação de direitos que permitem uma igual autonomia tanto pública quanto privada aos sujeitos da comunidade política que é possível o resgate comunicativo das normas que irão regular a sociedade (HABERMAS, 2012, p. 156). Pode-se dizer que a preocupação de Habermas com a atuação dos tribunais é a mesma de Ingeborg Maus, a saber: a atuação do Judiciário como uma espécie de superego da sociedade, criando uma relação de dependência popular com os tribunais conforme sub-roguem-se à tarefa de substituir o processo político deliberativo pelas próprias convicções dos juízes, o que o torna uma instância autoritária (MAUS, 2000, p. 190)⁸.

Apesar de entenderem moral e Direito como fenômenos cooriginários, as posturas substancialistas não limitam o papel da Constituição ao de "guardiã" das regras do jogo democrático, pelo contrário: entendem ser ela estatuidora de um programa político delineado por uma comunidade para impulsionar não apenas a participação dos sujeitos na deliberação política, mas também para a transformação do *status quo* social. Dessa maneira entende-se que "mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral

7 Importante mencionar que o paradigma procedimental do Direito, desenvolvido por Habermas em contraposição aos modelos liberal e social, assenta-se sobre as seguintes premissas: "a) o caminho de volta, propalado pelo neoliberalismo através do mote 'retorno da sociedade burguesa e seu direito' está obstruído; b) o apelo que nos incita a 'redescobrir o indivíduo' é provocado por um tipo de juridificação no interior do Estado social, que impede de reconstituir a autonomia privada; c) o projeto do Estado Social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior" (HABERMAS, 2011, p. 147 – 148). É, no entanto, distinta essa proposta da apresentada aqui através da obra de Streck (2013b) por conta justamente de o autor alemão apostar em uma atribuição mais restrita à Constituição e ao Direito, pois a principal preocupação de seu paradigma diz respeito à proteção das condições do procedimento democrático (HABERMAS, 2011, p. 183), enquanto que para o teórico brasileiro a concretização constitucional diz também respeito à transformação do *status quo* social, e não apenas às garantias do processo democrático (STRECK, 2013b, p. 171).

8 Deve-se atentar que Maus (2000) também acredita em uma separação entre moral e Direito que inclusive a leva a uma má compreensão da obra dworkiniana, a qual é acusada pela autora de disfarçar, sobre pretexto de um argumento moral, um fundamento decisório exógeno ao sistema jurídico. Como se verá adiante, Dworkin (2007) aposta em uma fundamentação jurídica a partir de uma moral institucional, capaz de obrigar a comunidade política assumir compromissos com seus integrantes de modo a tratá-los sempre com igual dignidade, obrigando os juízes em cada decisão a operar uma reconstrução hermenêutica do Direito, do modo a estabelecerem-se critérios não relativistas de decisão. Destarte, não deixa de ter validade a crítica de Maus quando direcionada às teorias que tentam aproximar moral e Direito a partir de uma filosofia baseada na ruptura entre mundos teórico e prático.

implícita/explicita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais" (STRECK, 2013b, p. 164).

Destarte, o que precisa também ser frisado é que tanto o procedimentalismo quanto o substancialismo apresentam-se como alternativas ao paradigma positivista no Direito, que separava as razões prática e teórica, cindindo também o conhecimento de prática e a validade da legitimidade. Assim Habermas (2012, p. 19) procura substituir a razão prática, para ele eivada pela metafísica, por uma razão comunicativa onde a racionalidade é garantida por sua discursividade. Para o autor alemão, o qualificador racional é garantido por meio de discussões entre os indivíduos sobre as pretensões de validade problemáticas por eles levantadas. Dessa maneira, não são as qualidades formais do Direito que lhe emprestam racionalidade ou legitimidade, mas as discussões por ele pressupostas nos processos de deliberação política (HABERMAS, 1998, p. 46 e ss).

Também nas posturas substancialistas aqui trabalhadas uma adequada compreensão da Constituição passa pela concepção de uma intersubjetividade, de modo que o sentido não vem mais a partir de uma relação sujeito-objeto, mas de algo anterior ao próprio sujeito. Isto é, não há um ponto de neutralidade de alguém "que de repente faz uma proposição assertórica predicativa (...) não existe a racionalidade em estado puro, como ela é definida através do uso da linguagem, enquanto somos um ser capaz de enunciados assertóricos predicativos" (STEIN, 2010, p. 19). Daí a posição ocupada pela Constituição, a qual dá sentido ao Direito sem se constituir em um fundamento último, pois não é uma hipótese a partir da qual pode ser deduzida a compreensão do fenômeno jurídico. Ela (a Constituição) se dá a partir de uma estrutura prévia de sentido, opera como um ponto de partida ao mesmo tempo que frustra a ideia de ser um começo, "já que se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação de sentido, a partir do modo prático de ser-no-mundo do intérprete (STRECK, 2013b, p. 135).

Ambas as teses aqui desenvolvidas (procedimentalista e substancialista), portanto, não apostam na subjetividade do intérprete para a resolução dos problemas relativos ao Direito, como as posturas neoconstitucionalistas o fazem ao ver o protagonismo judicial como fiel da balança para a concretização constitucional. É claro que a jurisdição desempenha papel imprescindível no projeto político da Constituição, mas é justamente por isso que os juízes possuem uma responsabilidade política, porque suas decisões precisam encontrarem-se coerentemente situadas em uma história institucional capaz de justificar em sua melhor luz o Direito (DWORKIN, 2010, p. 137), o que não se consegue fazer através de mecanismos de engessamento como as súmulas vinculantes, mas por meio dos princípios constitucionais deontológicos, responsáveis por resgatar a tradição hermenêutica subjacente ao fenômeno

jurídico na busca por respostas conformes a Constituição.

2 A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELOS TRIBUNAIS: DE QUE MODO A DEMOCRACIA PODE ESTAR EM JOGO?

Uma vez estabelecidas as bases sob as quais assentam-se este trabalho no primeiro capítulo, desenvolve-se nesse segundo momento a relação da concretização constitucional pelos tribunais a partir do debate procedimentalismo/substancialismo, o que se justifica pelo fato de ambas as teses não se limitarem a somente fornecer uma teoria da jurisdição porque esta é delineada conforme encontre correspondência em uma teoria da democracia.

Desse modo, Habermas (2012 p. 19 e ss) desenvolve sua obra a partir de uma racionalidade comunicativa responsável por emprestar legitimidade democrática ao Direito. Sustenta o teórico alemão, ademais, que há um estofamento moral legitimador do Direito na medida em que este institucionaliza as condições para a implementação das autonomias pública e privada dos cidadãos necessárias para sua participação na condição de iguais no seio da comunidade política, de modo que o único constrangimento pressuposto seja o do melhor argumento. Essa aposta no processo deliberativo faz com que o autor alemão veja como bastante restrita a atuação dos tribunais para que estes não se transformem em tutores sociais. A preocupação das cortes deve ser, então, com relação à aplicação das normas democraticamente instituídas, uma vez que sua fundamentação ocorre no processo deliberativo dado *prima facie* no momento da interpretação.

Por outra via, embora assemelhe-se em certa medida com as propostas procedimentalistas, o substancialismo aqui trabalhado parte do pressuposto de que a implementação da Constituição pelos tribunais deve ocorrer mesmo nas hipóteses pelas quais não se trata de somente garantir os direitos mínimos para uma autônoma participação no processo deliberativo. Evidentemente isso não significa a aposta em um protagonismo judicial, e é nesse sentido que a obra de Dworkin contribui sobremaneira: para o autor americano uma interpretação no Direito precisa encontrar respaldo em princípios, os quais compreendidos deontologicamente significam que alguém tem direito a algo sempre que sua pretensão encontrar respaldo em uma teoria do Direito que exponha essa prática na melhor perspectiva possível (DWORKIN, 2010, p. 132 e ss).

Desse modo, o presente capítulo desenvolve, ainda que brevemente, as principais premissas e propostas da tese procedimentalista habermasiana e, em um segundo momento, os respectivos elementos das perspectivas substancialistas, mormente a de Dworkin e Streck. Pretende-se, assim, preparar caminho para a mediação entre as teses aqui desenvolvidas no

terceiro capítulo.

2.1 A justiça como procedimento

A premissa comum às teses procedimentalistas é a de que em uma comunidade pluralista e dessacralizada é impossível se estabelecer uma ética material capaz de revelar princípios morais, de conteúdo objetivo e predeterminado, responsáveis por estabelecerem critérios seguros a respeito da distribuição dos bens e encargos sociais (AVRITZER *et all*, 2013, p. 105). Destarte, como já firmado na introdução da presente exposição, a análise aqui trabalhada se limitará ao procedimentalismo de cariz discursivo desenvolvido pela teoria de Jürgen Habermas, embora se reconheça a existência de outras propostas no mesmo sentido, não necessariamente iguais à autor alemão.

A racionalidade defendida por Habermas não se trata de uma adequação entre os meios empregados e os fins almejados em uma determinada ação, ou seja, a razão não é algo somente finalístico ou estratégico, pois embora esse elemento seja significativo em certa medida, ele termina por deixar de lado importantes objetivos ou bens sociais os quais exigem uma cooperação dos membros de uma comunidade (OLIVEIRA, 2006, p. 22). Isso porque a "racionalidade se manifesta no uso comunicativo da linguagem através do compromisso de que as pretensões de validade levantadas no ato de fala são passíveis de uma justificação com argumentos" (OLIVEIRA, 2006, p. 54). Discursivamente os atos ilocucionários assumem importância porque através deles um agente não apenas enuncia algo, mas igualmente realiza uma ação no momento da fala, levantando uma pretensão de validade que pode ser bem-sucedida ou não. É comunicativamente, ademais, que os sujeitos conseguem articular conjuntamente diferentes projetos de vida a partir de um contexto mediado pela linguagem e dependente de um espaço público alicerçado democraticamente visando um processo de entendimento mútuo entre os participantes acerca de normas universais (AVRITZER *et all*, 2013, p. 110).

Conforme Oliveira (2006, p. 75), a teoria comunicativa habermasiana pretende retomar discursivamente a ética kantiana a partir da formulação do princípio do discurso (D), segundo o qual somente "são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais" (HABERMAS, 2012, p. 142). Segundo o próprio Habermas, (D) somente coloca em relevo o que significam as

exigências de fundamentação racional nas sociedades pós-metafísicas, gozando, portanto de um grau de abstração que o coloca na condição de neutralidade em relação à moral e ao próprio Direito. Cada um desses sistemas terá, portanto, um princípio próprio responsável por explicitar a condição de validade de suas respectivas normas (HABERMAS, 2012, p. 142).

Dessa maneira, dependendo do questionamento feito (moral, jurídico) há um correspondente princípio argumentativo pressuposto nas discussões relativas a cada um destes sistemas, mais especificamente na seara moral adquirindo a enunciação do princípio da universalização (U)⁹ (HABERMAS, 2012, p. 144). Conforme salienta Oliveira (2006, p. 77), esse mecanismo procedimental para a fundamentação da moral é que dá legitimidade a um debate na seara pública não necessariamente preenchido por técnicos concernentes aos temas em discussão. Ao contrário: a discussão é aberta a todos os sujeitos da comunidade política, de modo que todos os argumentos são igualmente considerados, independentemente de seu fundo técnico.

Nesse cenário cabe a pergunta: "como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e instituições fortes?" (HABERMAS, 2012, p. 46). O fato de (U) estabelecer o princípio segundo o qual os indivíduos podem buscar consensos válidos sobre normas morais não implica que seja ele também o responsável pela legitimação do Direito. Habermas entende que mesmo havendo pontos em comum entre a moral e o Direito, ambos se diferenciam *prima facie* em virtude de que aquela "representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o Direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional" (HABERMAS, 2012, p. 141). Definitivamente, (D) garante a cooriginariedade dos dois sistemas, contudo o princípio da democracia (De) é distinto de (U) porque aquele como especificação de (D) para aferição da legitimidade do Direito significa que "somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva" (HABERMAS, 2012, p. 145).

Afirmar que o Direito não é derivado diretamente da moral não significa que ambos estejam isolados na teoria habermasiana, isso porque além de sua cooriginariedade a partir de (D), ambos os sistemas sociais mantêm uma relação de complementariedade na medida em que

9 De acordo com Habermas (2010, p. 116), o princípio da universalização pode ser enunciado do seguinte modo: "todas as normas em vigor têm que cumprir a condição de que as consequências e efeitos secundários, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas a favor dos interesses de cada um, possam ser aceites voluntariamente por todos os indivíduos em causa".

as "formas do direito positivo devem sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito [...] porque a força legitimadora reside em *processos* que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo" (HABERMAS, 2011, p. 214. Grifos no original). Entretanto as diferenças existem, e elas também são importantes para uma devida compreensão dessa relação: a moral circunscreve-se ao ambiente cultural, com uma relação apenas virtual com a ação, o que a faz depender muito mais da própria consciência dos sujeitos em agir conforme suas normas. O Direito, por sua vez, quando positivamente válido, legitimamente instituído e cobrável através de instrumentos judiciais consegue aliviar dos sujeitos das rigorosas exigências da moral, de modo que estes ficam livres para perseguir seus interesses dentro de um determinado quadro de normas jurídicas (BOTELHO, 2010, p. 146 - 147).

Isso porque segundo o próprio Habermas (2012, p. 150 e ss), a pessoa que julga e age moralmente precisa dar conta de questões de fundamentação e aplicação complexas, sobrecarregando a capacidade analítica do sujeito, ocasionando indeterminações cognitivas que precisamente pelo Direito são absorvidas através do legislador político, o qual decide quais normas valem como jurídicas enquanto os tribunais resolvem de maneira definitiva eventuais problemas advindos entre indivíduos por meio das decisões judiciais. Ademais, se o sujeito ficasse somente sob o jugo da moral, precisaria reunir forças para manter a necessária imparcialidade mesmo em situações que fossem contrárias aos seus próprios interesses, essa incerteza motivacional também é absorvida pela faticidade jurídica conforme esta deixa os agentes livres quanto aos seus motivos e enfoques.

Destarte, o verso da medalha de tal aspecto é o de que a coordenação da ação a partir do Direito se sucede pelo intermédio de leis coercitivas, responsáveis por limitar os espaços de opção a partir de fora, resultando disso "o valor posicional fundamental de direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente" (HABERMAS, 2012, p. 152). Essa capacidade de obrigar os sujeitos a determinadas ações a partir de um elemento externo ao discurso (coação) é o que torna possível ainda coordenação dos diferentes projetos de vida individuais em sociedade. Isso porque se a consciência moral é norteadada por valores universalistas, quanto mais pluralizada e complexa for a sociedade, maiores serão as dificuldades em estabelecer acordos ou consensos morais sobre os mais variados assuntos. As normas jurídicas, ademais, podem tanto dispor sobre a orientação do comportamento individual como também organizar a própria produção de outras normas jurídicas.

Entretanto, a partir de (De) garante-se aos sujeitos não só sempre um determinado

espaço de liberdades subjetivas, mas também um igual direito a liberdades subjetivas (HABERMAS, 2012, p. 156). Habermas então desenvolve uma gênese lógica dos direitos (OLIVEIRA, 2006, p. 120) fundamentais a um cenário legitimador do próprio Direito. Esses direitos não são tomados historicamente, embora sejam verificáveis por esta via, mas como condição de possibilidade para a democracia e o exercício e impulsionamento da autonomia dos sujeitos. É em torno desse objetivo que se extrai uma sistematicidade expressa por Habermas do seguinte modo:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. [...]
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma *do status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. [...]
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. [...]
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4) (HABERMAS, 2012, p. 159 – 160).

Habermas, porém, não limita a atuação do Estado de Direito à garantia de uma igual liberdade civil entre os sujeitos da comunidade política. Isso porque há "uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político" (HABERMAS, 2012, p. 169). Desse modo, se em seu modelo liberal o Estado de Direito acabava por ser apenas o garantidor de um controle sobre poder administrativo em virtude da legislação, assegurando a autonomia privada entre os cidadãos, pelo caminho da teoria do discurso é necessária ainda a efetiva articulação entre as autonomias privada (enunciada pelas cinco categorias de direitos acima transcritas) e pública (HABERMAS, 2012, p. 172). Aqui, Habermas opõe-se à teoria weberiana no sentido de que a forma jurídica sozinha não é capaz de fornecer a devida legitimidade ao Direito a menos que esta viesse a ser também moral em um sentido racional-prático (BOTELHO, 2010, p. 143).

A aposta na legitimidade da dominação pelo Direito justificada na racionalidade subjacente às suas características formais é uma teorização que não leva em conta os pressupostos morais implícitos nos próprios princípios fundadores da estrutura jurídica. Habermas (1998, p. 16 e ss) então procura mostrar como as determinações de racionalidade teorizadas por Weber como legitimadoras do Direito formal burguês somente se sustentam quando possuem implicações morais, tal como ocorre com o ideal de segurança jurídica, a qual

pressupõe uma proteção do indivíduo contra intervenções do Estado através da possibilidade de prognosticar a interferência deste na vida privada das pessoas, o que expõe o fato de tal categoria constituir-se em um "valor" o qual concorre com outros valores existente em uma comunidade política.

A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. [...] E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. [...] No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não encarna mais uma reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de fóros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito (HABERMAS, 2012, p. 172 - 173).

Com Oliveira (2006, p. 107), pode-se referir que Habermas desenvolve um conceito de política deliberativa responsável por dar legitimidade ao Direito por meio da imbricação entre duas ideias fundamentais. A primeira delas é a de que há uma relação específica entre as formas de poder social, administrativo e comunicativo. Isso porque a ideia de Estado de Direito exige que se vincule "o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do Direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social"¹⁰ (HABERMAS, 2012, p. 190). Desse modo Habermas afasta teoricamente uma de suas principais preocupações: a ascensão de uma tecnocracia, onde o exercício do poder é legitimado a partir de si próprio em virtude de se compreender como racional tão somente a decisão tomada tendo em vista o adequado meio técnico voltado para a consecução de um determinado fim, retirando da seara política o procedimento dialógico entre os sujeitos da comunidade política necessário para a tentativa de almejar um consenso normativo válido e democrático (FREITAG; ROUANET; FERNANDES, 1993, p. 19).

A segunda ideia fundamental é a de que a legitimidade do Direito não é exclusivamente moral, pois envolve também dimensões ético-pragmáticas (CATTONI DE OLIVERIA; ANDRADE, 2008, p. 6.099). Isso porque com o conceito de poder comunicativo "atingimos apenas o *surgimento* do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto, o processo do exercício do poder" (HABERMAS, 2012, p. 189. Grifos no original).

10 Conforme o próprio Habermas, "poder social" é definido como a "medida para a possibilidade de um ator impor interesses próprios em relações sociais, mesmo contra as resistências dos outros. O poder social pode tanto possibilitar como restringir a formação do poder comunicativo" (HABERMAS, 2012, p. 219). Conforme Oliveira (2007, p. 109), poder administrativo é a restrição desse mesmo poder social a esfera estatal. É, portanto, a capacidade que um dado sistema administrativo tem de impor suas decisões em uma determinada situação, mesmo que para tal valha-se da coação física. Comunicativo, por fim, é o poder que resulta do "uso público das liberdades comunicativas" (HABERMAS, 2012, p. 186), as quais "se cristalizam num potencial com o qual os detentores de posições do poder administrativo têm que contar (HABERMAS, 2012, p. 286).

Com isso Habermas estende ao conceito de política também o emprego do poder administrativo e à disputa por espaços dentro do próprio sistema político, ampliando o leque de "argumentos relevantes para a formação política da vontade - aos argumentos morais vêm acrescentar-se razões pragmáticas e éticas. Isso faz com que o peso se desloque: passa-se da formação da opinião para a da vontade" (HABERMAS, 2012, p. 192).

Por essas razões Habermas não deriva a legitimidade do Direito diretamente de (U). Definitivamente moral e Direito são cooriginários, ambos sendo derivações de um princípio mais abstrato e neutro (D), contudo a abrangência de (De) é maior do que a de (U) por conta de este limitar-se ao ambiente cultural, não conseguindo alcançar o âmbito de ação necessário em razão de isso envolver também razões estratégicas para o exercício da vontade. Ademais, o Direito também desonera os sujeitos das elevadas exigências da moral, como já referido, tornando possível também a ação individual de acordo com interesses a partir de um âmbito de liberdade igualmente garantida a partir de um sistema de direitos subjetivos. Assim, pode-se dizer que no Estado Democrático de Direito, a partir do procedimentalismo habermasiano, a Constituição deve ser compreendida fundamentalmente sob a ótica de um processo constituinte permanente, onde o aprendizado social desenvolvido ao longo da história possibilita a atualização do ato performativo de fundação da sociedade, "em que os membros do *povo* se comprometem, uns com os outros, com o projeto, aberto ao futuro, de construção de uma república de cidadãos livres e iguais" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 43 – 44. Grifos no original).

A teoria comunicativa habermasiana, portanto, consegue muito bem explicar a origem legítima do Direito a partir da política deliberativa. Contudo, é problemática a inserção da jurisdição nesse contexto, uma vez que se as normas jurídicas são fundamentadas a partir da discursividade decorrente do embate de ideias entre os sujeitos da comunidade política independentemente de sua qualificação técnica ou acadêmica, fica a dúvida sobre o espaço destinado aos tribunais, compostos por membros profissionalizados e não eleitos. Essa indagação fez com que o autor tedesco recorresse a uma cisão entre duas espécies de discurso: uma voltada para a fundamentação e já delineada acima, e outra justamente para sua aplicação (BOTELHO, 2012, p. 184 – 185). Isso significa que há uma cisão de competências dentro da teoria habermasiana, uma vez que cabe ao Legislativo estabelecer por meio dos discursos de fundamentação quais são as normas vigentes e válidas no âmbito de uma determinada comunidade política ao passo que aos Judiciário fica a responsabilidade por resolver as disputas em torno da concretização destas mesmas normas válidas por meio de discursos de aplicação (TRINDADE, 2006, p. 192). Assim, a questão que deve ser ressaltada é a de que nos discursos

de aplicação não se discute a fundamentação das normas jurídicas, pois estas já são tidas como válidas de antemão (BOTELHO, 2010, p. 185).

Para Habermas a tensão entre faticidade e validade na seara do Direito manifesta-se na jurisdição com a tensão entre os princípios da segurança jurídica e da pretensão de tomar decisões corretas. Isso porque se pelo primeiro se exige uma decisão tomada no quadro da ordem jurídica estabelecida, pelo segundo a pretensão de legitimidade da ordem jurídica impõe que a decisão seja racional, para que assim possa ser tomada como tal pelos integrantes da comunidade jurídica, não podendo então ficar limitada à reprodução das decisões tomadas no passado em casos semelhantes ou iguais. E isso é especialmente problemático para o autor alemão em virtude de a segurança jurídica manifestar-se, no momento da aplicação, como um "emaranhado não transparente" de decisões tomadas no passado pelo legislador e da própria jurisdição enquanto a pretensão de legitimidade precisa emancipar-se das contingências do contexto de surgimento dessas mesmas decisões (HABERMAS, 2012, p. 245 - 246).

Vale lembrar que a existência de tribunais constitucionais para Habermas não é tida como algo auto evidente e, dentre os lugares nos quais eles existem, o teórico alemão limita-se à análise sobre os da Alemanha e Estados Unidos. De todo modo, a atuação desses tribunais é restrita à aplicação das normas constitucionais, sendo a cisão entre os discursos de fundamentação e aplicação um critério para a demarcação das tarefas e competências do Judiciário e Legislativo (HABERMAS, 2012, p. 298 e ss). É essa ruptura que permite as Cortes aplicarem uma norma sem necessariamente ferir a estrutura hierarquizada de tomada de decisões "destinada a *garantir preliminarmente ao respectivo* processo de decisão argumentos legitimadores, através de resoluções de um nível de competência hierarquicamente superior" (HABERMAS, 2012, p. 324. Grifos no original).

Outrossim, os argumentos legitimadores das tomadas de decisão dos tribunais são dados preliminarmente pela própria Constituição. Isso porque, para Habermas, são somente as "condições processuais da gênese democrática das leis" que asseguram as condições de legitimidade democrática do Direito. Como isso se sucede em um contexto político mediado pelo poder comunicativo, é justamente este que deve ser protegido pela jurisdição constitucional para a garantia de que o poder administrativo não se auto reproduza. Por isso a competência do tribunal constitucional é a de "proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos" (HABERMAS, 2012, p. 326). Para tal desiderato Habermas considera bem-vinda até mesmo uma "jurisprudência constitucional ofensiva" "em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade" (HABERMAS, 2012, p. 346).

O que pode ser concluído até aqui nessa incursão sobre o procedimentalismo habermasiano é tal proposta se consubstancia em uma tentativa de fundar uma comunidade política democrática a partir de uma racionalidade discursiva, expressa por (D) e que se direciona para a legitimação política do por Direito por meio de (De). Essa mesma legitimação política pressupõe ainda não apenas uma determinada esfera de liberdade individual bem como a garantia dos procedimentos para a tomada de decisões políticas legítimas e sua subsequente execução. Os juízes, portanto, têm sua atuação adstrita à aplicação das normas dadas como válidas já de antemão, devendo-se lançar mão da jurisdição constitucional somente nas hipóteses as quais seja necessário proteger os pressupostos políticos para a formação do Direito.

Não há, assim, um conteúdo intrínseco legitimador da esfera jurídica, isso se sucede somente por meio da discursividade entre todos os atores sociais nas mais diversas esferas comunicativas componentes da sociedade. No mesmo sentido, Streck, ao comentar Habermas, infere que para o autor alemão os tribunais ao agirem no intuito de promoverem valores substanciais preliminarmente estabelecidos pela Constituição tornam-se instituições autoritárias, pois sub-rogam-se à competência da esfera política, desestimulando "o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para os indivíduos isolados" (STRECK, 2013b, p. 160). Desse modo, a competência do Judiciário ficaria relegada à de guardião das regras do jogo democrático, no intuito de resguardar o processo de criação democrática do Direito.

2.2 Substancialismo: Direito e Constituição temporais

Pode-se dizer que as posturas substancialistas advogam a hipótese de que a Constituição incorpora conteúdos políticos e sociais, regulando não apenas o que diz respeito ao procedimento democrático a ser observado: o constitucionalismo assim compreendido passa a referir-se a um projeto voltado para a transformação do *status quo*. Para a jurisdição constitucional isso significa uma atuação mais alargada do que a vislumbrada no procedimentalismo, uma vez que a disposição sobre matérias políticas no próprio texto constitucional reflete em sua atuação no sentido de impulsionar um projeto político e social como indispensável para a preservação da normatividade constitucional. No entanto isso não significa que a partir do substancialismo esteja o intérprete desvinculado de determinadas exigências democráticas no intuito de realizar direitos fundamentais (STRECK, 2011, p. 52).

Por isso é de extrema importância o empreendimento realizado pelo teórico estadunidense Ronald Dworkin, autor cuja teoria este tópico preocupa-se precipuamente, que tenta empreender uma perspectiva denominada "construtivista" do fenômeno jurídico a partir de uma leitura moral da Constituição e do próprio Direito.

Calha, nesse momento, registrar que para Dworkin o Direito é um conceito interpretativo. Uma vez que a ele atribuímos finalidades e propósitos, as pessoas propõe maneiras, as mais distintas, de ver o fenômeno jurídico. De todo modo, isso significa que há uma repercussão da interpretação na prática, alterando a forma desta. Em seguida, essa nova forma "incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior" (DWORKIN, 2007, p. 59). O processo interpretativo para o teórico estadunidense é, assim, dividido em três etapas:

Primeiro, deve haver uma etapa "pré-interpretativa" na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. [...] Coloco "pré-interpretativo" entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um grau de consenso nessa etapa [...].

Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. [...] A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma prática nova. Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática "realmente" requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa (DWORKIN, 2007, p. 81 - 82).

Em sua obra "Levando os Direitos a Sério", Ronald Dworkin (2010, p. 27 e ss) tenta pôr em evidência que o modelo de regras responsável por definir o que é Direito no positivismo não é suficiente para dar conta de explicar e ao mesmo tempo justificar as práticas dos tribunais, especialmente estadunidenses. Isso porque nos denominados "casos difíceis" fica em evidência que os julgadores acabam lançando mão de argumentos que não se dão apenas a partir de uma subsunção de um determinado caso concreto a um enunciado aplicável a partir do "tudo ou nada", característico das regras. Eles frequentemente valem-se de outros tipos de argumentos pelos quais há um direcionamento da argumentação em um determinado sentido, podendo constituírem-se em um argumento de política, definido como "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado" (DWORKIN, 2010, p. 36), ou um argumento de princípio, entendido como "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade" (DWORKIN, 2010,

p. 36. Grifo nosso) e, mais adiante na mesma obra menciona que "argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo" (DWORKIN, 2010, p. 129). Há, portanto, uma distinção que Dworkin entende ser de caráter lógico entre a operacionalidade das regras e dos princípios, já que aquelas são aplicáveis "à maneira tudo-ou-nada" enquanto estes possuem uma dimensão de peso ou importância, pois direcionam a argumentação em um determinado sentido sem, contudo, serem considerados inválidos quando não prevalecentes no confronto com outros princípios diante de uma situação concreta sob julgamento (DWORKIN, 2010, p. 39 - 41).

O reconhecimento de princípios não significa, entretanto, que Dworkin entenda ser necessário o voluntarismo do juiz para colmatar as "lacunas" do Direito a partir da própria moralidade do julgador. Sem dúvida a principiologia dworkiniana é o modo pelo qual Direito e moral passam a ser cooriginários, na medida em que este padrão de argumento é responsável por inserir da seara jurídica questões de moralidade atinentes às virtudes políticas de justiça e equidade. Contudo, a necessidade imposta de fazer com que a comunidade política trate seus integrantes como merecedores de um tratamento com igual dignidade e respeito (DWORKIN, 2010, p. 419), impõe o entendimento desta como um ente personificado capaz de assumir projetos, compromissos e ideais junto aos seus membros (DWORKIN, 2007, p. 204), o que se reflete em outra virtude política chamada por Dworkin como integridade, a qual se manifesta "quando exigimos [...] que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando os cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos" (DWORKIN, 2007, p. 202).

Dworkin ilustra o ideal da integridade refletido no Direito a partir da metáfora do romance em cadeia, pela qual os juízes são instruídos a identificar direitos e deveres partindo "do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade" (DWORKIN, 2007, p. 271-272). A partir dela, então, consideram-se como verdadeiras as interpretações dos princípios de justiça e equidade conforme eles expressem a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas em um determinado Estado. Desse modo, cada decisão judicial implica a reconstrução histórica do passado na tentativa de se elaborar uma teoria capaz de ao mesmo tempo explicar e justificar as diversas práticas jurídicas ao longo do tempo como integrantes, na medida do possível, de um todo coerente (DWORKIN, 2007, p. 273 e ss).

A metáfora do romance em cadeia é a tentativa de explicar porque todas as decisões precisam encontrar respaldo em um todo coerente de princípios oriundos da comunidade de intérpretes de uma comunidade jurídica. Por ela, cada juiz é responsável por escrever um

capítulo de uma obra coletiva, a qual evidentemente precisa evitar contradições e ter elementos os quais destoem dos demais sem nenhuma razão para tal, afinal cada romancista recebe a obra já em grande medida desenvolvida, precisando então escrever sua parte com base nesse material já dado de antemão e ao mesmo tempo estabelecer elementos capazes de serem resgatados posteriormente por outros autores. Isso porque a recuperação histórica do Direito a partir da integridade não significa uma apropriação ingênua do passado, na medida em que é o presente o que determina as perguntas pelas quais devem buscar as respostas os intérpretes, de maneira que não se reprimam teses e teorias já em desuso ou consideradas como superadas dentro de uma comunidade política (DWORKIN, 2007, p. 273 - 276). Disso se conclui que pela teorização dworkiniana não se faz uma aposta na discricionariedade judicial ou em respostas relativistas aos problemas do Direito, ao contrário, existem argumentos e soluções melhores que outros.

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. [...]. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, de maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Pode-se dizer com Guest (2010, p. 52 e ss) que na construção da metáfora do romance em cadeia de Dworkin tem grande importância a dimensão do ajuste (*fit*), pelo qual se estabelecem limitações aos autores de um dos capítulos: isso porque os elementos do romance não podem ser livremente mudados ou transformados, sob pena de a obra deixar de ser um todo coerente. Ademais, é possível que duas ou mais perspectivas ajustem-se igualmente bem aos elementos do romance em questão para a escrita de uma de suas partes. Nesse momento, os autores devem recorrer a um juízo acerca da própria substância do romance, de modo a tomar a escolha que o tornaria melhor a partir da perspectiva da moralidade política. Isso porque para Dworkin, uma devida compreensão sobre os diferentes valores componentes da comunidade política precisa ser tomada a partir de uma perspectiva unitária, ou seja, definições como a de liberdade, igualdade e democracia não podem ser consideradas isoladamente: deve o intérprete engajar-se na tarefa de formulá-las a partir de concepções que as unifique, preservando aquilo que há de bom em cada uma delas, de modo que somente possam ser compreendidas quando apoiadas umas às outras (MOTTA, 2014, p. 24).

Aqui vale ainda a advertência de Dworkin no sentido de que a história institucional não age restringindo o juízo político dos intérpretes. Ela é, na verdade, um componente desse mesmo juízo. O que está em jogo, ao fim é uma doutrina da responsabilidade política dos juízes,

a qual "afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar" (DWORKIN, 2010, p. 137). O autor estadunidense, assim procura desenvolver de um novo modo os direitos de cada cidadão: não a partir de regras dadas de antemão, problemáticas diante do agulhão semântico¹¹, mas por meio do pressuposto de que as pessoas sempre possuem direitos quando, por qualquer razão, algum "objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor uma perda ou dano" (DWORKIN, 2010, p. XV). Desse modo, a noção de Estado de Direito é enriquecida pela confirmação de "que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público" (DWORKIN, 2005, p. 39).

Em uma breve síntese, o que pode ser até aqui empreendido da abordagem de Dworkin é que o Direito diz respeito a uma questão de princípio. Isso não significa deslocar o fenômeno jurídico da política, esta desempenha um papel importante no processo deliberativo, onde os argumentos finalísticos possuem grande relevo. Contudo, quando o intérprete está para julgar se alguém tem ou não direito a algo, ele deve realizar seu juízo por meio de argumentos de princípio e não por critérios finalísticos ou de "bem-comum". O princípio implica, portanto, que não é possível separar a aplicação da fundamentação na teoria dworkiniana, diferentemente do que propõe Habermas, que acusará o modelo de juiz Hércules de ser solipsista por conta da sua retomada reconstrutiva e monológica do Direito, discussão oportunamente retomada no terceiro capítulo.

A abordagem de Dworkin, aproxima-se, ademais, da hermenêutica de Gadamer (1997, p. 402). Isso porque para o filósofo alemão a compreensão de um texto pressupõe um projetar sentido, o qual vai sendo constantemente revisado pelo intérprete conforme ele avança pelo texto, de modo que projetos rivais vão sendo confrontados uns com os outros até o momento em que se estabelece uma univocidade de sentido, dessa feita as concepções prévias do intérprete vão sendo substituídas por outras mais adequadas. Assim, pode-se dizer com Stein (2010, p. 45 e ss) que há uma cumplicidade entre sujeito e objeto no conhecimento, de modo

11 O agulhão semântico significa que para o estabelecer de discussão sobre qualquer coisa é necessário haver um prévio acordo sobre os critérios pelos quais seja auferida a propriedade de nossas proposições. Desse modo seria possível divergir sobre situações limítrofes, mas jamais sobre as questões centrais de algum debate (DWORKIN, 2007, p. 54). Como exemplo, o próprio DWORKIN (2007, p. 54) aduz que para o debate sobre quantos livros há em uma estante, seria preciso que houvesse um acordo entre os participantes sobre o que é, em linhas gerais, um livro. Poder-se-ia então discutir se um panfleto seria ou não um livro, mas não o fato de um romance como *Moby Dick* não ser um livro. O agulhão semântico é uma crítica às "zonas de penumbra" da teoria de Hart, bem como as teorias que afirmam que as respostas jurídicas seriam somente possíveis, mas não necessariamente corretas ou adequadas, em "casos difíceis".

que toda a interpretação se sucede por meio de uma estrutura prévia de sentido mediada pela linguagem a qual dá acesso ao mundo ao sujeito.

Quem procura compreender está exposto ao erro de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas "nas coisas", tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra "objetividade" que a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. [...] A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade (GADAMER, 1997, p. 402 – 403).

Tal afirmação de Gadamer deixa bastante clara a relação entre sua semelhança com a ideia de romance em cadeia de Dworkin a partir da função exercida pelos princípios no Direito: eles são o modo pelo qual é possível o intérprete confrontar suas pré-compreensões com a tradição hermenêutica. A partir deles deve-se operar a reconstrução histórica-institucional do Direito na tentativa de formular uma teoria capaz de dialogar com as decisões tomadas no passado e ao mesmo tempo projetar a futura aplicação desses mesmos princípios como um todo coerente, o que não implica apenas uma operação formal de ajuste entre várias decisões, mas um juízo substancial sobre a melhor maneira de ver a moralidade política como algo íntegro. Essa é, aliás, uma semelhança entre Dworkin e Habermas: Direito e moral não são fenômenos separados, ambos se implicam mutuamente, sem, contudo, confundirem-se.

A partir desses pressupostos, pode-se dizer com Streck (2013b, p. 177 e ss), que o Judiciário em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o texto constitucional é compromissório justamente por conta dos *déficits* sociais históricos, precisa ser reinserido na relação com os demais Poderes de modo a ultrapassar a concepção de *checks and balances* inspirada no modelo jurídico liberal. Isso porque para o autor gaúcho a Constituição não é apenas a lei magna ou fundamental de uma determinada comunidade política: ela tem um sentido a partir da faticidade e temporalidade na qual está inserida. Desse modo, "os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos de maiorias eventuais" (STRECK, 2013b, p. 178). A abordagem substancialista no Estado Democrático de Direito brasileiro implica ainda o compromisso do Estado em adimplir as obrigações constitucionais, devendo estruturar-se econômica e politicamente para tanto, de modo que o cidadão possui acesso à jurisdição como possibilidade da concretização da Constituição dentro dos limites econômicos do Poder Público diante da omissão estatal (STRECK, 2013b, p. 187).

Isso não deve significar, repita-se, um incentivo ao protagonismo judicial, mormente o ativismo judicial que fragiliza o caráter emancipatório do Direito pós-Constituição de 1988

através da aproximação de princípios a valores decorrentes de voluntarismos por parte do intérprete. Essa equiparação termina por fragilizar coerência e integridade do Direito além da própria normatividade constitucional. Do mesmo modo, as súmulas vinculantes acabam mostrando sua inadequação ao apostar somente em um *logos* lógico-explicitativo de aplicação das normas jurídicas. É dizer, o precedente não é configurado a partir de uma única decisão tomada no passado, mesmo se prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. É a reiteração de um determinado princípio na compreensão do Direito no momento de sua aplicação ao longo da história o que possibilita a estabilidade de jurisprudência. Não há um significado fundante que pode ser estabelecido de cima para baixo por um tribunal para os demais porque a questão é ontológica: a súmula também precisa ser interpretada. Pode-se dizer, então, que a discricionariedade e as súmulas vinculantes são gêmeas siamesas: uma somente existe por conta da outra.

Portanto, as posturas substancialistas colocam em evidência o projeto político instituído pelas Constituições, as quais possuem uma materialidade moral instituidora de compromissos entre o Estado e a sociedade. Sob essa perspectiva a jurisdição precisa, caso não se pretenda fragilizar a Constituição, deparar-se com a realização de programas e direitos que precisam de intermediação legislativa, mas que acabam sofrendo com a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, se fazem imprescindíveis as contribuições de Dworkin no exercício dessa atribuição por parte dos tribunais.

3 O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NA REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Dados os contornos das teses habermasiana e dworkiniana, cabe aprofundar a pergunta sobre qual delas é capaz de contribuir melhor na compreensão do papel atribuído ao Judiciário no atual paradigma jurídico brasileiro. Por isso, este capítulo subdivide-se em dois itens, o primeiro deles versando sobre o julgamento da ADIn 4.277, ocasião em que o STF fez interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do código civil para equiparar as uniões constituídas por pessoas de mesmo sexo aos núcleos familiares previstos na Constituição e na própria legislação. Em seguida, o trabalho se debruça sobre a decisão proferida no MI 670, quando os ministros do STF acordaram em aplicar a lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos diante da omissão legislativa em regular o respectivo direito fundamental. A escolha das decisões a serem trabalhadas não se deu ao acaso: a partir delas o plenário daquela Corte afirmou sua competência para a realização constitucional, fornecendo um material bastante rico para o debate no seio da comunidade jurídica sobre a competência da jurisdição constitucional brasileira na concretização de direitos fundamentais.

Na segunda parte deste capítulo, procura-se realizar um debate derradeiro sobre as diferenças entre o procedimentalismo e o substancialismo, enfrentando a crítica dirigida por Habermas contra Dworkin no sentido de que o juiz que julga conforme o Direito como integridade nos termos propostos pelo autor estadunidense é um solipsista. Tal crítica pode ser compreendida por conta da ruptura que marca a tese habermasiana entre discursos de aplicação e fundamentação, o que não se sucede com Dworkin, cuja obra, situada a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer, não cinde a interpretação da aplicação e, portanto, o fundamento da aplicação.

3.1 Adin 4.277 e MI 670: os limites da jurisdição constitucional

Uma vez delineadas as propostas procedimentalista e substancialista, é chegado o momento de averiguar sua capacidade e fornecer elementos críticos para a compreensão da atuação jurisdicional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro. Cabe aqui ressaltar, mais uma vez, que a escolha de ambas as decisões prolatadas pelo Supremo

Tribunal Federal se deu em razão de seu caráter paradigmático no que se refere ao tema, pois a partir desses julgamentos o próprio STF definiu sua competência como intérprete da Constituição nas ações diretas de inconstitucionalidade e mandados de injunção. Não se trata, portanto, de simplesmente referir que elas pontualmente estejam certas ou erradas, e sim de discutir a própria atribuição da jurisdição constitucional na efetivação de direitos a partir dos argumentos aduzidos pelos ministros para fundamentarem suas decisões.

Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ampla gama de direitos fundamentais presentes no texto e a consagração de uma jurisdição constitucional aliada ao desenvolvimento de uma doutrina dos princípios em meados do século XX, fez com que houvesse uma certa reação aos modelos legalistas do Direito no Brasil, de modo que se passou a perceber as deficiências de um modelo de regras e a necessidade de suplantá-lo. Tal empreitada teórica aliada à circunstância de que no Brasil ainda persiste um imenso contraste entre o texto constitucional e a realidade social faz com que o Poder Judiciário se veja confrontado cada vez mais em dar respostas sobre questões as quais tradicionalmente deveriam ficar a cabo do processo político. Essa conjuntura impõe uma teorização capaz de dela dar conta sem colocar em risco a democracia, ou seja, sem ignorar o papel contramajoritário destinado ao Judiciário, nem adotando este Poder como um tutor moral da comunidade política.

É nesse contexto que cabe referir o julgamento da ADPF 178¹², conhecida pelo ministro Gilmar Mendes como Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 em virtude de seu pedido, movida pelo movida pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que fosse reconhecida em todo o território brasileiro a equiparação das uniões entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis previstas no art. 1.723 do Código Civil e §3º do art. 226 da Constituição Federal por meio da técnica manipulativa de interpretação conforme a Constituição, sob o argumento de que o referido dispositivo legal deveria ser lido a partir dos princípios da igualdade, vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Sob a perspectiva de tais princípios ficaria clara a desigualdade de tratamento conferida às populações homossexuais em seu prejuízo.

12 Cabe referir que esta ação objetiva fora julgada juntamente com a ADPF 132, em virtude da coincidência parcial de seus objetos. A arguição foi movida pelo governador do Estado do Rio de Janeiro para que determinados benefícios previdenciários previstos no estatuto dos servidores públicos daquela unidade federada fossem estendidos aos casais compostos por pessoas do mesmo sexo, sob as mesmas condições dos relacionamentos heterossexuais. Paralelamente, requeria também que fosse dada interpretação ao art. 1.723 do Código Civil de modo a estabelecer uma igualdade de tratamento a ambos as formas de relacionamento sob a batuta de família. Cabe referir não há a necessidade de estabelecer-se uma análise sobre cada uma destas ações individualmente em razão de que se reconheceu a perda de objeto nesse primeiro pedido, em virtude de a lei atacada ter sido subsequentemente reformulada consoante a pretensão da ação constitucional bem como porque o segundo pedido repete o tratado no julgamento da ADI 4.277.

Ocorre que ao acatar o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República, o STF terminou por dar interpretação conforme a Constituição de um dispositivo do código civil que basicamente repetia o disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido de reconhecer como entidade familiar a união estável formada entre o homem e a mulher. A alegação era a de que essa interpretação consistiria em uma interpretação "restritiva" não apenas do texto constitucional como também da própria legislação, uma vez que a leitura "sistemática" dos princípios supracitados seria capaz de esclarecer que a correta abrangência desses dispositivos incluiria também as uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo¹³.

Portanto, parece bastante claro que no entendimento que os ministros do STF adotaram para fundamentar sua decisão há uma diferenciação hierárquica entre regras e princípios na própria Constituição. Aqueles mais abstratos e destinados a "abrir" o sentido do Direito para argumentos que podem ser identificados como morais, éticos e políticos (BARRETO; OLIVEIRA; STRECK. 2009, p. 80). Ora, como já visto acima, os princípios são o modo pelo qual o Direito é atravessado pelo mundo prático, de modo que são responsáveis pela concretização ou "cotidianização" da regra, não são como argumentos corretivos do Direito. Portanto, são as regras, não os princípios, que são abstratos (STRECK, 2013a, p. 113). Ademais, ao julgar-se por princípios a indagação sobre seu ajuste em situações futuras nas quais eles sejam novamente suscitados se faz inevitável, em virtude daquilo que Dworkin (2007, p. 202) denominou por integridade no Direito. Concretamente, isso significa que ao se deparar com situações nas quais entendam os magistrados tratar-se da configuração de uma injusta opção política por parte do constituinte, a derrogação do próprio texto constitucional se fará possível mediante as técnicas manipulativas, o que praticamente institucionaliza aquilo que Ingeborg Maus (2000, 192) denomina por teologia constitucional, pois

a apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida — tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia — como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. (MAUS, 2000, p. 192)

13 Embora não seja apenas tangencial ao tema aqui tratado, o uso da expressão "uniões homoafetivas", cunhada pela ex-desembargadora do Estado do Rio Grande de Sul Maria Berenice Dias (2000), e utilizada pelos ministros do STF no julgamento da ADI em tela (veja-se nesse sentido o voto do min. Ayres Brito), evita-se nesse trabalho seu uso em virtude de ele próprio ser controvertido entre os teóricos que trabalham com o tema no Direito. Para parcela dos autores, "o termo homoafetivo, muito em voga hoje, sustenta a ideia de que, para garantir direitos, a afetividade é elemento central na argumentação das justificativas. Há um empobrecimento do debate, pois como ficam as relações que não têm a afetividade como eixo central?" (GOLIM; LEIVAS; RIOS. 2011, p. 15).

É certo que a preocupação da teórica alemã, cujas teses estão mais próximas de Habermas do que Dworkin, tem como principal ponto justamente a ocupação de espaços de discussão política e moral pelo Poder Judiciário, uma vez que sob tal circunstância perde a comunidade política a capacidade de deliberação autônoma, criando uma relação de orfandade da sociedade com os tribunais (MAUS, 2000, p. 188 e ss). Em outras palavras, ao atribuir a si próprio a capacidade de dar interpretação conforme à Constituição de um dispositivo de Código Civil que simplesmente repete o texto constitucional, o STF acaba assumindo um posicionamento que chama para si a responsabilidade pela solução dos debates políticos os quais dizem respeito não apenas à união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas também sobre inúmeras outros debates sociais sensíveis e complexos, mesmo que isso possa eventualmente significar um terceiro turno constituinte.

Embora seja frequente a diferenciação entre as teses habermasiana e dworkiniana em, respectivamente, procedimentalista e substancialista no que se refere ao papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, nesse ponto ambas as abordagens convergem no sentido de que não cabe ao tribunal assumir a responsabilidade por ditar os rumos políticos da sociedade civil. Habermas deixa isso muito claro ao estabelecer uma cisão entre discursos de aplicação e fundamentação. Essa delimitação entre diferentes tipos de discurso dentro do Direito tem como finalidade justamente garantir que as decisões políticas de uma determinada comunidade sejam estabelecidas a partir de um amplo debate público envolvendo sujeitos autônomos. Apenas porque não é possível uma deliberação tão complexa em cada caso concreto que necessite de uma resposta do Direito é que cabe a uma instituição em particular, o Judiciário, a realização da aplicação da norma jurídica, mas sempre em um âmbito limitado discursivamente.

Embora a atribuição da jurisdição na teoria dworkiniana seja mais incisiva do que na habermasiana, não se pode dizer que a partir dela o Judiciário sub-roga-se na competência da tomada de decisões que caberiam aos demais Poderes. Aliás, Dworkin (2010, p. 36 e ss) claramente distingue argumentos de política e princípio, o que permite, a partir das palavras de Motta (2014, p. 237 – 238) compreender o Judiciário como garantidor da integridade do Direito, assegurando aos sujeitos "que as questões morais fundamentais de moralidade política sejam expostas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político" (MOTTA, 2014, p. 239). Em outras palavras, há uma responsabilidade política dos juízes, para usar a expressão do próprio teórico estadunidense (DWORKIN, 2010, p. 137), o que significa que em uma democracia situada no Estado de Direito as pessoas podem ter em mente que seus direitos são definidos pelo fórum do princípio, as protegendo do poder político de maiorias eventuais

(DWORKIN, 2005, p. 41).

Portanto, o que se pode concluir do que foi até aqui exposto é que o STF se equivocou naquilo que diz respeito à sua competência para a concretização de direitos uma vez que, ao dar interpretação conforme a Constituição de um dispositivo do código civil de mesmo teor do art. 226, § 3º, do texto constitucional, é estabelecido um perigoso precedente pelo qual o tribunal passa a ter a aptidão de revisar o própria Constituição, atalhando o processo político de discussão autônoma entre os sujeitos. O que precisa ficar claro, todavia, é que não se pretende por meio da perspectiva aqui proposta defender um tipo específico de entidade familiar, pelo contrário, entende-se necessária a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo com o intuito de constituir uma família, desde que pela via devida, a saber: o Legislativo. Por melhores que sejam as intenções dos argumentos aduzidos pelos Ministros do STF no intuito de reduzir as desigualdades oriundas de questões sexuais, sua argumentação deve dar-se por meio de princípios (no sentido dworkiniano do termo) e não por meio de políticas.

Uma segunda decisão merecedora de atenção é a proferida no julgamento do Mandado de Injunção nº 670, pela qual o STF estendeu os efeitos da lei nº 7.783/89 (que regula o exercício do direito de greve dos empregados da iniciativa privada), no que couber, aos servidores públicos civis.

O que primeiramente deve chamar atenção é a finalidade atribuída pela própria Constituição Federal ao Mandado de Injunção em seu art. 5º, inc. LXXI, pois a preocupação existente desde o processo constituinte era com a efetivação dos direitos fundamentais, historicamente negligenciados no Brasil, mormente naquilo que dizia respeito àqueles que necessitavam de uma regulamentação ou atividade prestacional do Estado (AVRITZER *et all*, p. 515). A preocupação, desse modo, era em evitar que determinadas situações políticas viessem a pôr em cheque a força normativa da Constituição¹⁴ (HESSE, 2009, p. 137 e ss). Justamente por isso o instituto dispensa uma maior regulamentação legal para seu exercício, pois entendimento contrário levaria ao paradoxo de um *writ* que visa contornar a omissão do

14 A expressão foi adotada por Konrad Hesse (2009) em seu texto "A Força Normativa da Constituição". Escrito na metade do século XX, esse texto busca encontrar argumentos que sejam capazes de contrapor a então ainda influente concepção de Ferdinand Lassalle (2000) de que a Constituição formal tinha efetividade contingente ao que o autor denominara como "fatores reais de poder" (LASSALLE, 2000, p. 10), estes constituintes de uma Constituição real (LASSALLE, 2000, p. 17) e que efetivamente estabeleceriam as relações de poder na sociedade. Assim, conforme a "Constituição escrita em um pedaço de papel" contrariasse os fatores reais de poder, ela transformaria-se em um mero texto sem normatividade, pois seria questão de tempo até sua sucumbência à Constituição real (LASSALLE, 2000, p. 33). Hesse, embora retome alguns dos elementos trazidos por Lassalle, foi contemporâneo ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade na Europa. Por isso entendia que uma vez que a Constituição refletisse uma determinada organização social contemporânea a ela deveria a comunidade política lutar por sua normatividade mesmo nos casos em que as vantagens decorrentes de seu descumprimento fossem mais imediatas.

legislador prejudicial a um direito fundamental, mas que não tem aplicação em virtude da omissão do legislador (TURCHETTI, 2012, p. 33)¹⁵.

Ademais, por se tratar de um *writ* particular ao Direito brasileiro além de não possuir uma regulação legislativa específica, a delimitação de sua abrangência e efetividade ainda é causa de controvérsia na comunidade jurídica. Nesse ponto, inicialmente era bastante influente entre os ministros do STF a concepção de o Mandado de Injunção ser equiparado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão no que dizia respeito aos seus efeitos: a declaração da mora do legislador, esvaziando o instituto conforme ele tornava-se inócuo frente à inércia do legislativo (TURCHETTI, 2012, p. 50 e ss).

É nesse sentido que calha registrar a radical mudança representada nesse posicionamento a partir do MI 670, que não apenas supriu omissão do legislador como também emprestou eficácia *erga omnes* à decisão, entendimento endossado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, que entendeu haver uma gradual evolução no entendimento do próprio STF sobre o mandado de injunção nesse sentido. Além disso, no entendimento do Min. Gilmar Mendes, a dificuldade em regulamentar esse direito deve-se a um problema político: tanto a representação dos servidores quanto a dos governantes não veem com bons olhos a regulamentação da matéria por motivos que lhes são próprios. Tal fato faz com que os movimentos grevistas e as negociações pelo fim da greve sucedam-se de modo heterodoxo, ambos sem nenhum amparo legal regulamentador. Aduz ainda o ministro que a inércia do próprio Poder Judiciário implica um fator de colaboração para a preservação desse quadro.

Como é fora de dúvida tratar-se ser o exercício da greve um direito fundamental, pois essa é a perspectiva apontada pelo art. 37, inc. VII c/c art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o problema que se colocara no referido MI para os ministros do STF dizia respeito a uma questão de princípio. Conforme já exposto no item 2.2 desse trabalho, já não se pode falar em discricionariedade do legislador nessa quadra da história. Dessa maneira o alargamento da eficácia lei 7.783/89 para os servidores públicos civis é acertada. Destarte, deve-se perguntar se a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão pode ser compreendida como não sendo a assunção de uma atividade política por parte do Judiciário, e parece ser bastante controverso o posicionamento adotado pelo ministro¹⁶.

15 Vale referir que o art. 24, Parágrafo Único da lei 8.038/90 é expresso no sentido de estender a disciplina jurídica do mandado de segurança ao mandado de injunção. O que se quis referir com a assertiva no corpo de texto é que mesmo que não houvesse tal disposição já havia o entendimento, por parte do próprio STF, no sentido de reconhecer a auto aplicabilidade do *writ* (veja-se, para tanto, o MI nº 107), além de o próprio § 1º do art. 5º da Constituição Federal determinar que os direitos e garantias fundamentais nela previstos tem aplicabilidade imediata.

16 O Min. Gilmar Mendes é um dos principais defensores no Brasil do que se convencionou chamar por

Isso porque ao conceder tal efeito à sua decisão, o STF editou uma norma abstrata, a qual embora dê conta de diminuir consideravelmente a quantidade ações propostas com teor idêntico ou semelhante, é especialmente problemática em virtude das peculiaridades próprias do Mandado de Injunção. No caso em tela, se não houve a edição de uma lei que regule o exercício da greve por parte dos servidores públicos civis, diversas serão as questões que ainda precisarão ser resolvidas, pois podem envolver igualmente outros direitos de sujeitos alheios ao próprio movimento grevista, como no caso de greve de uma polícia civil ou federal. Ora, se a interpretação é a concretização do Direito, a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão acaba por ser um fator de engessamento, já que inúmeras questões precisam ser definidas em cada caso concreto levado até o STF via mandado de injunção se se quiser exercer uma leitura concretista do instituto¹⁷.

Aliás, fora das hipóteses em que o controle de constitucionalidade se dá de forma abstrata, somente por meio de uma súmula vinculante é possível conceder efeito *erga omnes* a um entendimento do STF, de modo que uma vez aceita a possibilidade de o mesmo efeito ser também conferido ao mandado de injunção chega-se a situação um tanto quanto paradoxal de exigir-se um quórum qualificado para a primeira hipótese (além de repetitivas decisões do tribunal em um mesmo sentido) e apenas maioria simples para a segunda. Ademais, não se pode inferir que seja o *writ* um mecanismo de controle abstrato de normas porque desse modo se estará criando uma duplicidade dentro da Constituição Federal, que já prevê a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com essa atribuição.

Ora, o que impõe ao tribunal o reconhecimento dessa postura concretista quando confrontado com outros pedidos para suprir a omissão do legislador que impeça o exercício de um direito fundamental é a coerência e integridade do Direito. Somente a partir dessa

"abstrativização do controle concreto". O posicionamento do ministro, por exemplo, sobre a atribuição do Senado Federal na declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF via controle difuso é o de cabe ao Legislativo somente dar ciência da decisão proferida pelo Judiciário (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1244), questão controversa diante da redação do inc. X do art. 52 da Constituição Federal, o qual dispõe ser competência do Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

17 As perspectivas sobre os efeitos do mandado de injunção são controversas desde que o *writ* foi previsto pela Constituição Federal de 1988. Em breve síntese, "o constitucionalismo brasileiro tem discutido os efeitos das decisões em mandados de injunção utilizando os modelos das teorias concretistas e das não concretistas. As primeiras podem ser de três tipos: a concretista geral, em que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna; a concretista individual, quando a decisão judicial produz efeitos apenas para o impetrante; e finalmente, a concretista intermediária, em que o Poder Judiciário informa a omissão ao órgão responsável, estabelece prazo para a elaboração da norma regulamentadora e só após a expiração desse prazo pode suprir a lacuna para o caso concreto, sem efeito *erga omnes*. A teoria não concretista não difere da tese da subsidiariedade, pois aqui cabe ao judiciário apenas o reconhecimento da inércia do legislador e a consequente comunicação ao órgão competente sobre a necessidade de regulamentação" (AVRITZER *et all.* 2012, p. 520).

perspectiva é possível garantir que todos os sujeitos de uma comunidade política sejam tratados com igual dignidade e respeito sem se recorrer a perspectivas que terminam por obnubilar a singularidade dos casos concretos levados até o judiciário.

3.2 Procedimentalismo ou substancialismo: a que tipo de resposta do Judiciário as pessoas têm Direito no Brasil pós-88?

Ao longo desse trabalho procurou-se realizar o debate entre as teses procedimentalista habermasiana e a substancialista dworkiniana, de modo que se buscasse realçar não apenas as suas diferenças, mas também suas similitudes. Ambas teorias procuram enfrentar o problema da legitimidade do Direito ao mesmo tempo em que visam superar os problemas herdados dos positivismos jurídico. Destarte, enquanto Habermas (2012, p. 324) cinde os discursos de aplicação e fundamentação do Direito no intuito de preservar a estrutura comunicativa de valores e concepções dadas previamente ao consenso formado discursivamente, na obra de Ronald Dworkin (2007, p. 82) não se vislumbra essa demarcação, pois a partir da abordagem interpretativa do autor estadunidense, o julgador deve justificar sua decisão buscando colocar uma determinada prática social em sua melhor luz, o que invariavelmente conduz o juiz a pronunciar-se sobre os fundamentos do Direito. Isso porque para o autor estadunidense os valores como a igualdade e a liberdade não podem ser compreendidos apenas como diretrizes as quais eventualmente relativizam-se na resolução de um determinado caso concreto, do mesmo modo a justiça não pode ser concebida como algo que possa estar contraposto a democracia, mesmo que ocasionalmente. Isso significa que essas virtudes devem ser vistas como integrantes de um todo harmônico, de modo que não é possível compreender uma isoladamente das demais, tese que é denominada como a da unidade do valor (MOTTA, 2014, p. 24 e ss).

A partir daí não é difícil compreender porque Dworkin aposta radicalmente contra a discricionariedade judicial com o desenvolvimento outra tese sua: o Direito como integridade, já delineada no item 2.2. É justamente por isso que os princípios desempenham um papel de grande importância, já que são eles os responsáveis pelo resgate da tradição hermenêutica do Direito. Ou seja na construção de sua decisão o juiz precisa inevitavelmente dialogar com outras decisões tomadas por outros juizes que igualmente buscaram fornecer uma concepção de democracia e Direito aptas a justificar do melhor modo possível as práticas sociais envolvidas

em uma contenda judicial.

Há, todavia, um ponto comum encontrado tanto em Ronald Dworkin quanto na obra habermasiana: a de que o Direito assimilou argumentos de conteúdo moral. Para Habermas a teoria de Dworkin ainda tem como trunfo a circunstância de deixar claro que princípios, assim como as regras, possuem caráter deontológico, e não simplesmente axiológico (HABERMAS, 2012, p. 264 e ss). Contudo, na teoria discursiva a moral ingressa no campo jurídico a partir do processo democrático de legislação, e não propriamente por meio de uma perspectiva construtivista da jurisprudência.

Entende o autor alemão que há uma idealização na figura do juiz Hércules, personagem criado por Dworkin para ilustrar a atuação ideal de um juiz que reconstrói criticamente a história institucional do Direito de sua comunidade política através da integridade, uma vez que juízes de "carne e osso" não possuem tempo ou mesmo a capacidade intelectual capaz de deter pleno conhecimento de todos os princípios e *standards* de racionalidade de cada comunidade jurídica para depois conseguir articulá-los em uma teoria do Direito que melhor as explique e justifique em uma decisão concreta (HABERMAS, 2012, p. 264 e ss). Habermas, reconhece, é verdade, o mérito da obra dworkiniana em delinear o caráter deontológico (normativo) dos princípios jurídicos e a tentativa de estabelecer uma perspectiva construtivista do Direito, contudo, pretende "libertar" Hércules de sua solidão monológica a partir de uma comunidade aberta de intérpretes da constituição pautada pela teoria discursiva (HABERMAS, 2012, p. 277).

E nesse ponto cabe uma crítica à teoria habermasiana na medida em que restringir a atividade de aplicação da fundamentação significa que a teoria do discurso acaba se vinculando a um modo tão somente lógico/explicitativo de fundamentação do Direito. E nesse sentido assiste razão à Trindade (2006, p. 262) quando infere que um dos grandes desafios da hermenêutica filosófica consiste na tentativa de superar a tensão entre a faticidade e as normas jurídicas, afastadas pelas metafísicas clássica e moderna, e que implicava justamente em uma ruptura entre a fundamentação e interpretação das normas jurídicas. Isso porque para a hermenêutica filosófica, não há uma separação entre os processos de interpretação e aplicação, de modo que, quando ocorrem, inevitavelmente se está avaliando a validade e fundamentação da norma. Sob essa perspectiva, os princípios no construtivismo dworkiniano nada mais são do que o modo pelo qual é possível resgatar-se a tradição (autêntica) do Direito.

Desde a filosofia hermenêutica é preciso ter em mente que não podemos apreender algo objetivisticamente ou por meio de um grau zero de significado (STRECK, 2013a, p. 74). A partir deste marco hermenêutico o conhecimento (razão teórica) passa a encontrar fundamento no mundo prático, de modo a não haver mais uma instância metateórica

justificando a teoria (STEIN, 1990, p. 24). Assim, o sujeito somente tem acesso ao mundo na medida em que já possui um certo patrimônio de ideias (STRECK, 2011, p. 250), o que implica uma estrutura circular do conhecimento na medida em que o ser-aí somente é dentro de uma estrutura prévia de sentido produzida intersubjetivamente e a partir da qual se consegue ter acesso ao mundo e ainda projetar futuro (STEIN, 2010, p. 45). A circularidade da compreensão ultrapassa o mito da existência de uma instância metateórica fundante, pois não é possível afirmar "que a estrutura hermenêutica (...) do ser humano produz história, cultura e tradição sem, ao mesmo tempo, pressupor que a história a cultura e a tradição estão na operação da compreensão" (STEIN, 2010, p. 45). A pretensão de Heidegger em operar um encurtamento hermenêutico, liberando "a filosofia de Deus e do Mundo (Natural), temas introduzidos pelas teorias da representação e da subjetividade" (STEIN, 1990, p. 9), faz com que o autor alemão atribua o caráter de transcendentalidade à história (STEIN, 1990, p. 13), de modo que já não é mais possível apanhar o ente objetivisticamente, mas somente por meio de sua temporalidade (seu ser), através do resgate da tradição que subjaz oculta e a qual é preciso resgatar.

É dizer, os princípios são o que dão substância ("cotidianizam") a regra e, portanto, não existem fora de um plano concreto de interpretação (STRECK, 2013b, p. 113). É a regra que "'abre a interpretação', exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica)" (STRECK, 2013b, p. 113. Grifos do autor). Princípios constitucionais não são, pois, enunciados dedutíveis do ordenamento jurídico que abstratamente encerram as possibilidades de resposta no campo jurídico. Eles são o modo pelo qual moral e Direito passam a ser cooriginários, pois são os elementos encarregados de traduzir a moral institucionalizada na atividade interpretativa. São, assim, mecanismo de fechamento, e não de abertura à incidência externa moral ou à subjetividade do intérprete como fator "corretivo" do Direito.

Somente [...] percebemos a Constituição "como" Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente *porque a imensa maioria da população não os tem, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surge exatamente a partir de "sua" falta*; A Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais, e coletivos, mas, mais do que isso, ao estabelecê-los, a *Constituição coloca a lime a sua ausência*, desnudando as mazelas da sociedade (STRECK, 2013b, p. 171. Grifos no original).

É diante desse cenário pelo qual a Constituição implica não apenas a promessa e a garantia de direitos, mas igualmente atesta sua ineficácia ou inexistência histórica na sociedade brasileira que se deve pautar a atuação da jurisdição constitucional brasileira porque a adoção

de uma proposta procedimentalista, como a habermasiana, significaria o esquecimento da diferença ontológica, "ao desvincular a substancialidade (hermenêutica) do texto constitucional de sua ação/concretização (aplicação), terminando por cindir o (sentido do) ser do texto constitucional do (respectivo) ente" (STRECK, 2013b, p. 171). A ideia de diálogo, aqui é fundamental:

O Diálogo (*gespräch*), ontologicamente, remete a outras condições constituintes e constituidoras. Remete a uma palavra (com)partilhada que emerge de uma relação entre falante ou intérprete e o outro, em busca de um *logos* de entendimento, no qual as partes e o todo ao longo desse caminho se voltam um ao outro perguntando e respondendo. Na etimologia da expressão "Diálogo" observa-se a fusão das preposições gregas *diá* e *logos*: *diá* significa "por, através de, de um lado a outro de". E *logos*, "palavra ou discurso". Todavia, no horizonte ontológico-linguístico, o *logos* é linguagem, razão pela qual a palavra ou discurso (apofântico) não deve se descuidar daquilo que não foi enunciado (hermenêutico), mas que desde sempre o condiciona. Assim, parece ser possível observar que a proposição *diá* orienta a dupla dimensão da dinâmica dialógica quando expressa que *através* da e *por meio* da *coisa mesma* (*logos* linguístico) é que se faz possível o acontecer enraizado do discurso com-partilhado (FERREIRA, 2015, p. 174. Grifos no original).

Na teoria habermasiana a restrição dos intérpretes aos discursos de aplicação, mesmo que sob uma perspectiva construtivista por meio da racionalidade comunicativa, permanece ligada apenas ao *logos* apofântico, de modo que não se opera uma reconstrução da substancialidade constitucional tão cara à história brasileira porque o *logos* hermenêutico permanece ocultado sob o consenso. Por isso, a justiça brasileira não pode abrir mão de uma justiça constitucional substantiva.

A ideia de circularidade não implica, portanto, em um julgamento conforme os preconceitos do sujeito. Na seara jurídica isso é muito bem teorizado por Ronald Dworkin (2007, p. 272 e ss), que por meio da metáfora do romance em cadeia sustenta que toda decisão implica a necessidade de uma reconstrução da história institucional do Direito, de modo que o intérprete enfrente suas próprias pré-concepções em prol de uma moral institucionalizada pela comunidade política, o que impõe uma responsabilidade democrática ao julgador, pois precisa realizar uma "prestação de contas" com uma dada tradição no momento do ato decisório.

É justamente por conta desses problemas que Dworkin aposta em uma moral institucionalizada, que ingressa no Direito ao longo da história por meio dos princípios, na medida em que estes são o mecanismo de abertura do Direito ao mundo prático (STRECK, 2013a, p. 113). E isso somente pode ser bem compreendido nos quadros teóricos defendidos neste trabalho a partir de um diálogo pelo qual o intérprete reconstrói a história institucional jurídica confrontando suas pré-compreensões sobre justiça com toda uma tradição hermenêutica que afirma ou não uma determinada perspectiva.

Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é que tenhamos

que esquecer todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo, ou todas as opiniões próprias, diz o mestre (referindo-se a Gadamer). *O que se exige é que simplesmente temos que estar abertos à opinião do outro ou do texto.* Entretanto, essa abertura implica sempre que se coloque a opinião do outro em alguma classe de *relação com o conjunto de opiniões próprias* ou que se coloque em *certa relação com as do outro.* [...]. Entretanto, esta receptividade não pressupõe neutralidade frente às coisas e nem autocancelamento, senão que inclui uma matizada corporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos. O que se importa, aduz o autor, é que se faça a mediação das próprias mediações com a finalidade de que o texto mesmo possa apresentar-se em sua condição e obtenha, assim, a possibilidade de confrontar a sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias (STRECK, 2011, p. 263. Grifos no original)

E nesse ponto percebe-se como a noção de um romance em cadeia é importante, pois não há um processo mecânico pelo qual se possa averiguar a adequação de uma interpretação no Direito. Uma vez que todas as decisões (inclusive aquelas que resolvem *easy cases* (sic)) precisam estar fundamentadas em um argumento de princípio, uma reconstrução histórica dos princípios envolvidos na resolução de uma contenda se faz necessária para a manutenção da coerência e integridade do Direito. Nesse sentido pode-se dizer com Motta (2014, p. 182) que existem respostas corretas no Direito, caracterizadas por um duplo viés: um aspecto procedimental (a participação constitucional de todos os interessados na formação do provimento, o que não se confunde com o procedimentalismo habermasiano); e outro por meio de uma responsabilidade política das decisões, "fundadas em interpretações constitucionais que possam ser justificadas perante a integridade do Direito" (MOTTA, 2014, p. 182).

É por estas razões que não se concorda com Habermas quando este cinde os discursos de aplicação e fundamentação do Direito. Toda decisão jurídica precisa estar fundamentada em uma teoria do que seja a justiça e, na hipótese aqui defendida na ideia de justiça como integridade. Não basta justificar a aplicação da norma, é necessário explicitar porque essa interpretação determinada se adequa melhor que outras a um conjunto de princípios concebidos como uma unidade íntegra e coerente. Ou seja, toda decisão judicial implica um juízo de substancialidade do Direito, sobre o que ele seja e sobre sua própria legitimidade. Hércules, portanto, não é um solipsista, como refere Habermas (2012, p. 280). Trata-se de um modelo de juiz desenvolvido por Dworkin para explicar como deve ser desenvolvida a aplicação do Direito, através de sua reconstrução e enfrentamento do intérprete de suas próprias pré-compreensões.

Somente assim é possível conceber um Direito comprometido com a democracia sem abrir mão de uma concepção de justiça substancial, fundada em um paradigma de legitimidade alicerçado na intersubjetividade e pluralismo de uma comunidade política, o que para o Brasil possui importância ímpar por conta dos contrastes entre a realidade social brasileira e as promessas insculpidas em seu texto constitucional. Somente assim é possível pensar em uma

democracia substancial comprometida com a transformação do *status quo*. Acrescente-se, ademais, que as teses procedimentalistas são frequentemente apresentadas como estratégias de desjuridificação, entendida, nos países centrais, como "forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço de cidadania" (BERCOVICI, 2004, p. 17). A desjuridificação, não obstante, é problemática em países periféricos em virtude de que sistemas com códigos fortes "poder/não poder" e "ter/não ter" "atuam em prejuízo da reprodução constitucionalmente consistente do sistema jurídico. O que há é politização desjuridificante da realidade constitucional, respaldada evidentemente nas relações econômicas" (NEVES, 2013, p. 169), o que reforça ainda mais a necessidade de realização de um projeto político pela Constituição.

Desse modo, pode-se dizer que as pessoas têm direito à uma resposta adequada à Constituição (STRECK, 2014b, p. 656), devendo o Judiciário adotar uma postura substancialista no exercício da jurisdição constitucional, pois somente assim é possível uma devida compreensão temporal do Estado Democrático de Direito brasileiro como ator na transformação do *status quo* social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma nova compreensão sobre o Direito implica uma reflexão sobre a realização de uma democracia constitucional, de modo que a intersubjetividade esteja presente, ao mesmo tempo nos fenômenos jurídico e político. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito significa um *plus* normativo porque a partir dele a realização constitucional não se dá apenas por meio da regulação de direitos fundamentais, mas pelo impulsionamento à participação cidadã dos sujeitos nas discussões sobre a construção de um projeto político-social.

Vê-se assim a insuficiência do paradigma positivista em fornecer um adequado ferramental teórico necessário para a realização constitucional por conta de sua inerente discricionariedade, seja por parte do legislador, como ocorria no exegetismo, seja por parte do intérprete, como reconhecia o normativismo kelseniano. A construção de um projeto de sociedade a partir da Constituição somente é possível a partir de uma perspectiva capaz de fundamentar intersubjetivamente o Direito, de modo tanto o Legislativo e o Executivo quanto o Judiciário precisam prestar contas de suas decisões para a comunidade política.

Desse modo, os resquícios positivistas ainda existentes no seio da comunidade jurídica brasileira, bem como a discricionariedade ocasionada pelo neoconstitucionalismo, precisam ser hermeneuticamente revistos, uma vez que o problema relativo à justiça e à estabilidade da jurisprudência é ontológico, e não meramente metodológico. Em outras palavras quer-se dizer que não é por meio da analogia, ou das súmulas vinculantes que será traçada a coerência do Direito. Da mesma maneira, não é pela equiparação dos princípios a valores que se conseguirá estabelecer uma justiça substancial.

Isso tem importância fulcral no Estado Democrático de Direito porque a partir dele a tensão política desloca-se dos Poderes representativos (Executivo e Legislativo) em direção ao Judiciário, o qual se vê pressionado a manifestar-se sobre questões que ainda são controversas no debate dentro da sociedade. Isso implica a necessidade de se pensar em um paradigma do Direito apto a superar a racionalidade instrumental característica dos movimentos positivistas. O sistema social jurídico deve ser visto, isso sim, como condição de possibilidade para a realização democrática.

Para a construção de tal paradigma, duas teses aqui estudadas apresentam-se possíveis. A primeira delas, o procedimentalismo de Habermas, como se percebeu, embora consiga explicar e justificar muito bem uma democracia deliberativa legitimadora do sistema jurídico, acaba deixando para a jurisdição constitucional um papel bastante limitado, reservado à

garantida de manutenção das regras do jogo democrático. Ademais, a crítica de que o modelo de juiz de Dworkin seria solipsista não procede. Isso porque o Direito como integridade está assentado em uma hermenêutica de cariz filosófico a qual expõe o processo de compreensão e enfrentamento dos pré-juízos do intérprete diante da tradição hermenêutica. E nesse ponto reside a importância dos princípios, não mais entendidos como axiomas finalísticos, como querem as posturas neoconstitucionalistas, mas como meios de o intérprete resgatar a história institucional do Direito na procura por respostas corretas.

A proposta substancialista, aqui trabalhada pela perspectiva construtivista de Ronald Dworkin, por sua vez, vê como atribuição da jurisdição constitucional a realização material da Constituição, não somente no que venha a dizer respeito a uma autonomia pública e privada dos sujeitos. Isso aproxima-se da realidade brasileira porque implica na efetivação de um projeto político estabelecido pelo Direito a partir da legalidade constitucional. É sob esta luz que deve ser vista a realização do projeto político e social da Constituição Federal de 1988, sob pena de perder-se sua dimensão histórica, responsável pela ambivalência do texto constitucional: a afirmação de direitos fundamentais sociais nos remete à negligência histórica por eles no Brasil; a previsão de ações constitucionais, sejam de efeitos concretos ou abstratos, também lembrar a fragilidade das Constituições brasileiras anteriores. Por isso uma ruptura entre fundamentação e aplicação no momento da decisão judicial não faz sentido no contexto brasileiro, pois o juiz deve situar-se temporalmente para que possa realizar a reconstrução do Direito para haver a possibilidade de respostas corretas. Por isso, para a democracia brasileira é imprescindível uma concepção substancialista da jurisdição.

Isso não significa que o Judiciário deva assumir a posição de tutor moral da comunidade, chamando para si a responsabilidade de tutelar o debate político. Talvez seja emblemático julgamento da ADIn 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, quando assumiu posição de tutor moral da sociedade ao atalhar o processo político e democrático no que se referia ao reconhecimento das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como unidades familiares. Isso não significa que a Constituição preveja como exclusiva a família heterossexual, mas também não implica que sob “debaixo” do texto encontrem-se valores a serem obtidos pelos julgadores.

Do mesmo modo, embora tenha acertado o STF ao julgar por princípio a extensão dos efeitos da lei de greve da iniciativa privada para os servidores civis públicos, o tribunal se equivoca ao emprestar efeitos *erga omnes* à sua decisão por conta da falta de coerência com os demais institutos jurídicos. Veja-se, por exemplo, que precisaria o STF de maioria simples para emprestar um efeito que em outra circunstância exigiria maioria qualificada. Novamente, o

problema aqui não diz respeito ao uso de um mecanismo para estabilização de expectativas no Direito, mas às questões atinentes à coerência e integridade do fenômeno jurídico se se quiser “estabilizar” a jurisprudência. O problema, mais uma vez, é ontológico.

Destarte, não se pode concordar com Habermas quando este infere ser o juiz que julga conforme o Direito como integridade de Dworkin seja um solipsista. Pelo contrário: o modelo de juiz Hércules implica um incessante diálogo com a tradição hermenêutica para a (re)construção do fenômeno jurídico. Hércules não é um juiz que não ouve ninguém, pelo contrário, ele dialoga com um conjunto de decisões tomadas por outros intérpretes no passado e por isso tem consciência de sua responsabilidade política no pronunciamento de sua sentença.

Veja-se como somente assim é possível uma compreensão não subjetivista do Direito, pois se se cogita a cisão entre discursos de aplicação e fundamentação como propugna Habermas, o juiz passa a ser visto como uma figura isolada dentro do processo de formação do Direito. Ademais, a norma não pode ser vista como algo “dado”, há sempre a necessidade de se resgatar o sentido, e o intérprete precisa então interpretar o Direito e, se o fizer, precisa operar uma reconstrução deste. Não é, pois, a partir dessa ruptura que se poderá garantir o controle sobre a subjetividade do intérprete.

Em uma última palavra, o que se pretendeu deixar consignado ao longo desta exposição é que, para uma devida realização de uma democracia no Brasil, é necessário propugnar pela construção intersubjetiva do Direito, a qual não pode ser cindida em dois momentos. O problema que se coloca para a teoria do Direito contemporânea diz respeito a uma ontologia: é necessário interpretar e, ao fazê-lo, dialogar com o passado, o presente e o futuro se se quiser compreender o que significa a Constituição Federal brasileira de 1988 e os ideais que ela traz consigo para a transformação de uma sociedade marcada pela violência e desigualdade entre seus sujeitos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

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

BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVERIA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Nº 2. V. I. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *In: Lua Nova Revista de Cultura e Política*. Nº 64. São Paulo, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 3º ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

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

BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado *et all*. **Estudos sobre (Neo)Constitucionalismo**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

BOTELHO, Marcos César. **A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no Pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____; ANDRADE, Camila Cardoso de. A Relação entre Direito e Moral na teoria discursiva de Habermas: porque a legitimidade do Direito não pode ser reduzida à moralidade. *In: Congresso Nacional do Conpedi. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/_integra_bh.pdf> Acesso em: 11/09/15

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos**. São Paulo: Saraiva. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

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

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

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

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

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança** – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Rafael Fonseca. **Diálogos Hermenêuticos em Direitos Humanos: em busca da(s) pergunta(s) adequada(s) para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. 2015. 320 pág. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídica e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

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

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2º ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOLIM, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **Homossexualidade e Direitos Sexuais: Reflexões a partir da Decisão do STF**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

GORCZEVSKI, Clovis (coord.) **Direitos Humanos: A primeira geração em debate**. Vol. I. Porto Alegre: UFRGS. 2008

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Trad. Claudia Berliner. 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Direito e Democracia** – entre faticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno

Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

_____. **Direito e Democracia** – entre faticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2º ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2º ed. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

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

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

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *In: Novos Estudos*. N° 58. São Paulo: Cebrap, 2000. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/issues/view/92>>. Acesso em: 06/11/2014.

MOTTA, José Francisco Borges. **Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática**. 2014. 290 pág. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídica e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade de Jurisdição: a compreensão procedimentalista do Direito em Jürgen Habermas**. 2006. 338 pág. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2º ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

_____. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: Edipuc, 2010.

_____; STRECK, Lenio Luiz (orgs). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

_____. **O que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?**. 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

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

_____. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7. N° 2. Brasília: IDP, 2014a.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2014b

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam. **A Filosofia no Direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente o Direito**. 2006. 352 pág. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

TURCHETTI, Débora Pereira. **A Integração do Direito Brasileiro pelo Mandado de Injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2012. 100 pág. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

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