

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

FERNANDO AMARAL

**CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS
HERMENÊUTICAS, CONSTITUCIONAIS E DE CIDADANIA**

Rio Grande

2015

FERNANDO AMARAL

**CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS
HERMENÊUTICAS, CONSTITUCIONAIS E DE CIDADANIA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça da Universidade Federal do Rio Grande, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social.

ORIENTADOR: Prof. Dr. José Ricardo
Caetano Costa

Rio Grande
2015

FERNANDO AMARAL

**CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS
HERMENÊUTICAS, CONSTITUCIONAIS E DE CIDADANIA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a
obtenção do título de Mestre em Direito e
Justiça Social e aprovada em sua forma final
pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: _____

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa (FADIR/PPGDSJ/FURG)

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos André Birnfeld

Doutor pela UFSC e Professor da FADIR/PPGDSJ/FURG

Prof. Dr. Rogério Silva Portanova

Doutor pela Universidade de Paris e Professor da UFSC

Prof. Dr. Anderson Orestes Lobato (Suplente)

Doutor pela Universidade de Toulouse e Professor da
FADIR/PPGDSJ/FURG

Coordenadora do PPGDJS:

Prof^a. Dr^a. Maria Claudia Crespo Brauner

Rio Grande, 16 de novembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Ninguém pesquisa sozinho, sempre existirão pessoas que contribuíram com a demonstração e resultado de uma afirmação científica. Muitas das pessoas que possuem esta parcela tem esta consciência, outras nem tanto.

Agradeço a minha família em especial a minha mãe Zulma de Freitas Amaral quem sempre me apoiou em quase todas as empreitadas e paixões da vida sempre com razão e uma palavra de conforto e serenidade.

Ao Professor Doutor José Ricardo Caetano Costa, meu orientador e amigo, que foi um estimulador incessante desta pesquisa com grande apoio pessoal e suporte intelectual, e que mesmo não concordando em alguns pontos teve a sabedoria de incentivar e de criticar na medida certa forçando-me a rever pré-compreensões através de um diálogo aberto, honesto e de pura reflexão.

Ao professores e colegas do Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social – FURG onde através do aprendizado e dos diálogos contribuíram reflexivamente com o resultado deste trabalho.

E por fim, a Eduardo Vandr  de Oliveira Lema Garcia, doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade de Freiburg (Alemanha), que muito contribuiu em ajustar as pré-compreensões da tradi o alemã utilizadas nesta pesquisa.

O Estado, mais do que democrático, deve ser democrático substancial; mais do que de Direito, deve ser de Direito efetivo.

RESUMO

A presente pesquisa abrange a hermenêutica, o direito constitucional e discute o avanço dos direitos de cidadania mais precisamente a possibilidade de criações judiciais do direito entendendo que a realização da cidadania e da dignidade da pessoa humana bem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária são tarefas de todos os poderes da República tendo em vista os arts. 1º, II, III e 3º III da Constituição Federal. Trata-se de pesquisa exploratória, que utiliza o método indutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica, mediante o estudo da doutrina, legislação e jurisprudência acerca do tema proposto. Ficou demonstrado que a realização da cidadania é uma tarefa afeta a todos os poderes da república, e que determinado conteúdo da cidadania necessita, diante da omissão dos demais Poderes, de forte atuação da Poder Judiciário e que este possui condições hermenêuticas, constitucionais, bem como emergências sociais, para quando necessário criar direitos de cidadania social existencial no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Criação judicial do direito. Cidadania.

ABSCTRAT

This research covers hermeneutics, constitutional law and discusses the advancement of citizenship rights more precisely for judicial creations of the right understanding that the realization of citizenship and human dignity and the construction of a free, just and solidary They are tasks of all branches of government in view of the arts. 1, II, III 3rd and III of the Constitution. It is an exploratory research, which uses the inductive method, with bibliographic research techniques through the study of the doctrine, legislation and jurisprudence about the theme. It was shown that the realization of citizenship is a task affects all branches of government, and that certain content of citizenship needs because of the lack of other branches, strong performance of the judiciary and that this has hermeneutical, constitutional conditions and social emergencies when necessary to create existential social citizenship rights in this case.

KEYWORDS

Hermeneutics. Court of law creation. Citizenship.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSCTRACT.....	05
SUMÁRIO.....	06
INTRODUÇÃO.....	08
CAPITULO 1 – DA HERMENÊUTICA REFLEXIVA E DA ARQUITETURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	
1.1. A Polêmica Entre a Hermenêutica de Gadamer e a Dialética de Habermas.....	11
1.1.1. Hermenêutica e Interpretação.....	11
1.1.2. A Estrutura da Pré-compreensão Interpretativa e sua complementariedade.....	12
1.2. A Arquitetura Normativa Constitucional: a distinção entre postulados, princípios e regras na conformação da cidadania.....	20
1.2.1. A Teoria de Karl Larenz.....	23
1.2.2. A Teoria de Ronald Dworkin.....	24
1.2.3. A Teoria de Alexy.....	25
1.2.4. A Teoria de Canotilho.....	29
1.2.5. As Diferenças Entre Postulados, Principios e Regras em Humberto Ávila.....	31
1.2.6. A Arquitetura Normativa da Ordem Constitucional Brasileira de Birnfeld.....	33
1.3. Uma Proposta Normativa Para os Direitos de Cidadania Social.....	35
CAPITULO 2 – DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	
2.1. Introdução ao Problema.....	39
2.2. A Justiça da Decisão Judicial: teorias justificadoras do direito.....	39
2.2.1. A Escola do Direito e a Jurisprudência dos Conceitos.....	40
2.2.2. O Movimento para o Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores.....	41
2.2.3. A Teoria Pura de Hans Kelsen.....	43

2.2.4. A Polêmica entre Hart e Dworkin.....	45
2.3. O Problema da Democracia.....	48
2.4. Métodos de Trabalho Normativo.....	55
2.4.1. Método Científico Espiritual de Smend: a Constituição como um processo de integração.....	55
2.4.2. O Método Tópico de Viegh.....	58
2.4.3. O Método Aberto Subjetivo de Peter Häberle.....	62
2.4.4. O Método Estruturante de Friedrich Müller.....	64
2.4.5. Método Hermenêutico-concretista de Konrad Hesse: a Constituição Normativa.....	68
2.5. Limites da Criação Judicial do Direito.....	74
2.5.1. Limites Materiais.....	75
2.5.2. Limites Formais.....	76
CAPITULO 3 – DA CIDADANIA EXISTENCIAL	
3.1. O Estado de Direito Social Brasileiro.....	80
3.2. A Evolução dos Direitos de Cidadania.....	87
3.3. Da Cidadania Social Existencial.....	90
3.3.1. Da Educação Básica.....	94
3.3.2. Da Saúde Basica.....	97
3.3.3. Assistência Social.....	99
3.3.4. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.....	103
3.3.5. Do acesso à justiça: da Judicialização da Cidadania Social Existencial.....	110
CONCLUSÃO.....	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

INTRODUÇÃO

Com a presente pesquisa buscar-se-á demonstrar que existem condições hermenêuticas, judiciais e sociológicas para se criar o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, a cidadania social existencial.

Pretende-se demonstrar que decisões do Poder Judiciário que efetivam direitos sociais existenciais (saúde, educação, renda mínima, saneamento básico, assistência social, meio ambiente ecologicamente equilibrado) quando omissa a efetivação destes direitos pelo legislador, por necessitarem de normatização, não violam o princípio democrático se necessárias para efetivar a cidadania existencial e a dignidade da pessoa humana em busca da solidariedade e da justiça social. Deve ser demonstrado que é um imperativo de realização da democracia substancial, inclusive, de um poder-dever do órgão jurisdicional nestas hipóteses; uma atuação vinculada e não discricionária, a saber, ocorre uma presumida delegação normativo-constitucional implícita diante da omissão da democracia formal, pois a construção da realidade conforme a dignidade da pessoa humana e a solidariedade são deveres da República Federativa do Brasil dos seus poderes, não apenas da função legislativa. Portanto, há que se transparecer que diante da omissão de uma função de Estado, a força normativa da Constituição legitima que outra função republicana efetive estes direitos fundamentais, ainda que o órgão jurisdicional necessite criar direitos no caso concreto que, pelo princípio democrático formal, seria tarefa ordinária do legislador, dentro da sua liberdade de conformação.

Esta legitimação constitucional extraordinária do Poder Judiciário, como será visto, autoriza a transferência, para os órgãos jurisdicionais, de resolução de questões que tradicionalmente deveriam ser resolvidas no âmbito político-legislativo, sendo necessário ao órgão judicial dar a resposta adequada à Constituição e realizar a democracia substancial e a cidadania existencial.

Dessa forma, há que se demonstrar como se opera a interpretação do texto jurídico dentro da hermenêutica filosófica e a (re)construção, a sua crítica dialética, a arquitetura normativa constitucional, bem como os principais referenciais teóricos da teoria do direito que se preocuparam com a análise da separação entre interpretação e criação do direito. Será mostrado, por fim, em que estágio está a construção da cidadania social dentro da dogmática e jurisprudência brasileira na filtragem

hermenêutica e teórica abordadas.

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar que as decisões judiciais que efetivam direitos de cidadania social existencial, ainda que necessária a normatização no caso concreto, otimizando a construção dos fundamentos e objetivos da República, não violam o princípio democrático e estão legitimadas pela força normativa da Constituição, por ser um imperativo vinculante de realização de direitos fundamentais e justiça social e realiza, portanto, a democracia substancial.

A presente pesquisa abrange a hermenêutica jurídica, o direito constitucional e a cidadania, mais precisamente no que diz respeito a construção judicial de direitos mínimos de cidadania tendo em vista o disposto no art. 1º, II e III, e o art. 3º, I da Constituição Federal que impõe aos poderes republicanos um diálogo concretizante entre texto constitucional e realidade social.

O método de abordagem será o indutivo, o método do procedimento o monográfico e as técnicas de pesquisa envolverão pesquisa bibliográfica, com acesso a legislação, doutrina e jurisprudência.

O objetivo geral é da pesquisa é o de verificar se existem condições hermenêuticas, dogmáticas e sociológicas para a construção judicial de uma realidade existencial mais dignificante ao cidadão.

Como objetivos específicos para confirmar esta hipótese geral não de ser enfrentados a hermenêutica filosófica e sua crítica dialética, a criação judicial do direito e seus limites formais e materiais bem como a atual estágio da cidadania social existencial e sua emergência ampliativa.

Do ponto de vista social a presente pesquisa é relevante e urgente pois traduz horizontes hermenêuticos, dogmáticos e sociais para a concreção da cidadania crescendo, portanto, subsídios para a construção material da dignidade da pessoa e para a argumentação jurídica social.

A primeira parte da pesquisa tratará da hermenêutica filosófica e sua eventual crítica feita pela dialética bem como a arquitetura normativa da constituição. A segunda parte enfrentará a criação judicial do direito com a abordagem das principais teorias críticas e justificadoras bem como a colocação de limites formais e materiais nesta atividade. Por fim a terceira parte, a qual trará o atual estágio sociológico da cidadania social existencial e seu contexto concretizador em alguns recortes na jurisprudência pátria.

Destaca-se que com esta investigação de modo algum se tem o intento de esgotar o tema pois a realização da dignidade da pessoal humana é um processo de concretização da Constituição que está em constante avanço na tradição jurídica e social. Com estas ressalvas, passasse a exposição do trabalho realizado.

CAPÍTULO 1 – DA HERMENEUTICA REFLEXIVA E DA ARQUITETURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

1.1 A Polêmica entre a Hermenêutica de Gadamer e a Dialética de Habermas

A interpretação possui uma função primordial na concreção do Direito, pois é através do seu resultado que se extrai o comando normativo. Neste tópico, portanto, trataremos como se opera a interpretação do texto jurídico dentro da hermenêutica filosófica e de uma possível complementaridade através da crítica dialética para se chegar numa hermenêutica reflexiva. Ao final, faremos uma proposta de arquitetura normativa constitucional que melhor conforma os direitos de cidadania.

1.1.1 Hermenêutica e Interpretação

Há muito se repete que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Esta frase tem um sentido forte quando se trata de norma constitucional diante da vagueza e conteúdo político de muitas de suas prescrições.

Segundo Larenz (1991 p. 439) a interpretação é um processo de duplo sentido onde se conforma a situação de fato às normas aplicáveis e se define o conteúdo destas (*ir*) para aplicar ao fato voltando a este novamente (*vir*). Interpretar é esta atividade de mediação entre texto e fato, e não existe uma interpretação absolutamente correta e definitiva de um texto normativo porque a mutabilidade social necessita colocar o intérprete constantemente perante novas questões (ibidem, p. 443).

A interpretação jurídica é, portanto, o ato do intérprete de extrair o sentido de um texto desta qualidade. Este é o objeto da interpretação jurídica: o texto legal; e o seu objetivo: extrair as normas jurídicas. De posse do fato interpretando, este processo se dá num “*ir*” no texto “*vir*” no fato interpretando.

A origem da palavra hermenêutica é associada ao idioma grego que é traduzido como interpretação, é uma expressão ligada ao deus Hermes, que na mitologia grega possuía esta função de mediador entre a palavra dos deuses e dos homens (MIOZZO, 2014, p. 44). Segundo Pablo Miozzo (2014, p. 45), com base em Richard Palmer, a hermenêutica tem sido definida pelo menos de seis formas

diferentes: 1) como teoria da exegese bíblica; 2) como metodologia filológica geral; 3) como ciência de toda compreensão jurídica; 4) como base geral para as ciências do espírito; 5) como fenomenologia da existência e da compreensão existencial e 6) como sistemas de interpretação utilizados pelo homem para alcançar o significado de mitos e símbolos. Para a tradição da hermenêutica jurídica interessam especialmente as quatro últimas definições, que remetem cronologicamente a Friedrich Schleiermacher (3), Willhem Dilthey (4), Martin Heidegger e Hans George Gadamer (5) e a Paul Ricoeur (6).

1.1.2 A Estrutura da Pré-compreensão Interpretativa e sua Complementariedade

Após definir a hermenêutica e a sua relação com a interpretação cumpre pontuar outra premissa. No atual estágio da ciência jurídica não se pode mais aceitar a não separação entre texto (objeto da interpretação) e norma (resultado da interpretação). Aprofundaremos mais adiante este ponto, mas aqui cabe uma primeira reflexão. Esta separação nem sempre fez parte da pré-compreensão do intérprete. A título de exemplo, durante a adoção da tradição da *Escola Histórica do Direito* de Savigny (1779-1881), como ocorria com a *Escola da Exegese* francesa¹, o juiz tinha um papel meramente passivo no direito, a tarefa de realizar *justiça* era afeta funcionalmente ao legislador e não ao juiz, sendo inclusive proibido ao tribunal o uso de uma interpretação teleológica. Ora, se a norma já era dada pronta ao intérprete qual necessidade de separar texto e norma? Eram tempos de que se considerava um Estado

¹ Segundo BOBBIO (1995, p. 78) são características da escola da exegese francesa, ou positivismo jurídico francês, que culminou com a codificação civil da França e empunhou ao órgão jurisdicional uma interpretação e passiva do Código (ibidem, pp. 78-80). Bobbio destaca como causas históricas desta tradição cinco pontos: a) a própria codificação francesa, que tinha a promessa de solucionar as principais controvérsias; b) a mentalidade dos juristas fundada no princípio da autoridade do legislador que considerava a vontade do *legislador* completa e segura; c) a doutrina da separação dos poderes onde qualquer criação judicial do direito era considerada uma invasão do judiciário na competência do legislador; d) o princípio da certeza do direito para que os cidadãos pautem as suas condutas num direito prévio e seguro; e) a pressão exercida pelo regime napoleônico para que fosse ensinado nas faculdades somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerias do direito e as concepções jusnaturalistas que eram altamente perigosa aos olhos do governo napoleônico devido à sua conformação autoritária). Com isso a escola da exegese, ou positivismo jurídico francês (ibidem pp 84-88), se caracterizou: a) pela inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; b) por um monismo puro e radical com base na onipotência do legislador Estatal; c) pela interpretação fundada na intenção do legislador; d) pelo culto do texto da lei; e) pelo respeito ao princípio de autoridade, onde a validade de um argumento não era discutido pois tal argumento advinha do legislador (são representações hodiernas deste mito na jurisprudência expressões como “na lei não existem palavras inúteis” constante, por exemplo, no REsp 421.946-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7/2/2006).

Democrático a mera presença institucional da separação dos poderes, sequer havia uma democracia representativa como um valor a ser perseguido. Este era o senso comum teóricos dos juristas na época que ainda ecoa até hoje.

No entanto, hoje a premissa é de que através da interpretação dos textos é que se extrai as normas jurídicas. Assim, surge a necessidade de demonstrar, para um horizonte adequado do intérprete sobre os direitos de cidadania, o modo como se opera a compreensão, interpretação e aplicação dos textos jurídicos. Portanto, faremos uma síntese da hermenêutica gadameriana e sua eventual polêmica com a dialética de Habermas, bem como a complementariedade de Friedrich Müller.

Quanto à estrutura da interpretação coube a filosofia-hermenêutica trazer fundamentos que até hoje não teve uma oposição séria. Consolidada pelo filósofo alemão Martin Heidegger, um dos expoentes desta linha de pensar, este tratou da pré-compreensão do intérprete, ou região das crenças ideológicas (Warat), como fator primordial para uma correta compreensão dos fatos. Hans-George Gadamer, com base em Heidegger, trouxe esta estrutura interpretativa para o direito em sua clássica obra *Verdade e Método*, lançada em 1960 para a hermenêutica jurídica tornando-se o principal teórico da hermenêutica-filosófica.

A questão da pré-compreensão do intérprete teve similar abordagem na tradição brasileira naquilo que Warat determinou como “região das crenças ideológicas”. Para Warat *"Metaforicamente, caracterizamos o **senso comum teórico** como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam."* (WARAT, 1982. p. 54). Segundo o autor

existem algumas regiões do senso comum teórico dos juristas, articuláveis entre si. Temos, Primeiramente, uma região que podemos denominá-la de “**região das crenças ideológicas**”. Estaríamos aqui falando das concepções do mundo que possuem os cientistas, ou seja, das idéias que ajustam o indivíduo às condições de existência. Certamente, não se trata, neste caso, das condições específicas da produção teórica, e, sim dos elementos representativos da realidade, que, independentemente da vontade dos cientistas, dominam suas consciências, influenciando na formação do capital cultural da prática teórica”. Em seguida, temos a “**região das opiniões éticas**”, que no processo de formação do espírito científico forçam critérios de racionalidade, pelos quais a desrazão surge como um desajuste em relação aos padrões morais vigentes. A partir dessa situação, explora-se uma identificação falaciosa entre a razão e a ética; com isso os juristas conseguem legitimar os sistemas de decisões legais como expressão estereotipada de uma racionalidade eticamente determinada. Em

terceiro lugar, podemos apontar a “**região das crenças epistemológicas**” que dizem respeito às evidências fornecidas pela prática institucional dos cientistas. Assim, poderíamos falar dos hábitos intelectuais, que regulam as condições de produção do conhecimento, como também, das interpretações vulgarizantes dos conceitos, fruto de suas desvinculações dos marcos teóricos sistemáticos em que foram produzidos“ (como se os conceitos tivessem uma força explicativa intrínseca).

Também, poder-se-ia falar das **grandes verdades elementares**, dos reconhecimentos metafóricos do real e das propostas reificantes das idéias como fundamento da produção do conhecimento. E, também, porque não, da crença na eficiência do método para produzir a objetividade e a verdade (WARAT, 1982. p. 54). Finalmente, há a **região dos conhecimentos vulgares**, que traduzem necessidades em idéias. Trata-se da atividade intelectual do homem comum, resultante da percepção imediata e da utilidade do saber. Em outras palavras, são as imagens cotidianas que criam a ilusão de uma realidade composta de dados claros, transparentes, que podem ser interpretados, com segurança, mediante uma razão comandada pela intuição. Todas essas regiões influem, consciente ou inconscientemente, na formação do espírito jurídico; num saber que provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade (WARAT, 1982. p. 54). Como se percebe o que Warat transcreve como senso comum teórico está dentro da pré-compreensão na teoria gadameriana.

Müller (2012, p. 60) destaca que não existe pré-compreensão sem pressupostos. A pré-compreensão e sua efetuação como ato próprio do intérprete se interligam na historicidade da existência, a concretização do direito sempre é co-caracterizada por esse *horizonte universal*, pré-jurídico da compreensão. Por isso Müller, destaca ainda, a influência que sofre a interpretação tanto pela *pré-compreensão genérica*, que veicula coletiva e psicologicamente o projeto fundamental de mundo, quanto a *pré-compreensão jurídica* ou referida ao direito (2012, p. 66-67).

Gadamer adverte que a compreensão dos textos se torna legítima quando a pré-compreensão do intérprete não é arbitrária, o intérprete não pode manipular os preconceitos para extrair da norma o sentido que lhe aprouver, neste termos:

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, 2014, p. 356).

Ou seja, a compreensão somente é válida quando o intérprete não se utiliza de subterfúgios argumentativos para forjar a interpretação. Logo, deve o hermeneuta estar aberto aos (pré)conceitos cabíveis para extrair o sentido do texto.

Outro destaque que se deve fazer é que para Gadamer não há possibilidade de cindir interpretação da compreensão. Estes atos são ontologicamente únicos pois *“A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar a compreensão. Antes compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte a interpretação é forma explícita da compreensão”* (ibidem, p. 406).

Gadamer avança e afirma que quem interpreta também aplica a norma: *“Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo com uma aplicação do texto a situação atual do intérprete”* (ibidem, p. 406)².

Outros pontos fundamentais da teoria hermenêutica de Gadamer na estrutura da interpretação está relacionada à tradição, fusão de horizontes e preconceitos do intérprete (que não necessariamente são nocivos, são no sentido de conceitos prévios). Nas palavras de Gadamer *“horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”* (idem, p. 399). O autor complementa:

(...) o **horizonte do passado**, do qual vive toda vida humana e que **se apresenta sob a forma de tradição**, que já está sempre em movimento. (...) O nosso próprio passado a qual se volta consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição. Compreender uma tradição, sem dúvida, requer uma tradição histórica. (ibidem, pp 402-403, sem grifos no original)

Ainda,

(...) uma situação hermenêutica está determinada pelos **preconceitos** que trazemos conosco. Estes formam o **horizonte de um presente**, pois representam aquilo além do que não conseguimos ver. (...) O horizonte do presente pois não se forma a margem do passado que trazemos conosco. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes a margem do passado. Antes, compreender é sempre o processo de **fusão destes horizontes** presumivelmente dados por si mesmos. (ibidem, p. 404, sem grifos no original).

² No entanto, é possível interpretar sem aplicar a norma ao caso concreto, como se dá na técnica da interpretação conforme à constituição.

Estruturando estes conceitos, Gadamer narra que a interpretação dos textos é um movimento circular de compreensão, um vai e vem pelos textos e quando a compreensão se realiza esta circularidade é suspensa.

Neste espectro de conceitos ontológicos, Gadamer nos traz a posição de como este círculo hermenêutico da compreensão se relaciona com os elementos hermenêuticos, nestes termos:

(...) A teoria tradicional do “**círculo hermenêutico**“, em particular, se apresenta sob novo aspecto e adquire importância fundamental. Não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondente à regra de “decompor e recompor“ que nos era ensinada nos cursos de latim - relação que de fato constitui a **estrutura circular da compreensão de textos**. Ora, o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlich erfüllt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*). A **compreensão** implica sempre uma **pré-compreensão** que, por sua vez, é prefigurada por uma **tradição** determinada em que vive o intérprete e que modela os seus **preconceitos**. (GADAMER, 2006, p. 13, grifamos)

Gadamer defende que este mecanismo não é meramente formal (2014, p. 388), ele é ontológico e existencial no intérprete. Ele refuta qualquer método mecânico de interpretação como algo idôneo para a interpretação, tanto que para ele onde há verdade não há método (ibidem, p. 385) Aliás, o título da sua obra maior seria melhor, conforme destaca Ernildo Stein (1987, p. 113), como “Verdade ou Método”.

Portanto, a teoria hermenêutica-filosófica gadameriana nos traz um paradigma de análise: compreender, interpretar e aplicar é um ato único com base numa pré-compreensão; a compreensão ocorre com a fusão do horizonte passado (tradição histórica, que influencia a pré-compreensão) com o horizonte presente (os preconceitos do intérprete); este ir e vir no texto e contexto é denominado de *círculo hermenêutico*.

No entanto, não se pode colocar em Gadamer o fardo para a solução de toda hermenêutica jurídica. Ele mesmo revelou a Friedrich Müller que a sua hermenêutica até poderia reconhecer o trabalho modelar da operação jurídica, no entanto não estaria ela em condições de desenvolver nortes metodológicos para o Direito e para a Ciência Jurídica (MIOZZO, 2014, p. 13, prefácio de Friedrich Müller). Müller defende que a sua *Teoria Estruturante* começou onde Gadamer parou com a sua obra “*Estrutura da*

Norma e normatividade”, transcendendo a hermenêutica a uma concepção abrangente que inclui como elementos de concreção a dogmática jurídica metódica, a teoria do direito, a teoria da constituição e a teoria jurídica (ibidem, p. 13). Portanto, o método estruturante de Müller busca diminuir as eventuais carências preconceituosas do intérprete trazendo mais virtudes ao círculo hermenêutico do aplicador do direito.

Quanto a esta confessada insuficiência na hermenêutica-filosófica de Gadamer também se desenvolveu uma antiga polêmica entre a hermenêutica de Gadamer e a dialética de Jürgen Habermas.

Após Gadamer lançar *Verdade e Método* em 1960, Habermas publica em 1967 *A Lógica das Ciências Sociais* onde examina a hermenêutica gadameriana e lança a sua crítica. Gadamer respondeu a Habermas em outras obras, que por sua vez também replicou em outros escritos, inaugurando umas das polêmicas mais produtivas e conhecidas no ramo da interpretação jurídica.

Habermas defende que a *reflexão*, captada pelo pensamento crítico dialético, têm força para quebrar a extensão ontológica gadameriana do preconceito legitimado na tradição. Ele não nega a verdade existencial destes elementos hermenêuticos, muito pelo contrário ele as confirma, no entanto defende que a pretensão de universalidade da hermenêutica não se confirmou. Assim refletiu Habermas (2009, p. 261, grifamos):

O preconceito gadameriano em favor do direito dos preconceitos legitimados pela tradição contesta a força da reflexão, que se confirma no fato também de poder recusar a pretensão das tradições. **A substancialidade desaparece na reflexão, porque esta reflexão não apenas confirma, mas também quebra forças dogmáticas.** Autoridade e conhecimento não convergem. Com certeza, o conhecimento está enraizado numa tradição fática; ele permanece ligado a condições contingentes. Todavia, não é sem deixar rastros que reflexão trabalha a facticidade das normas transmitidas. Ela está condenada a ulterioridade. No entanto, retrospectivamente, ela desenvolve uma força retroativa. Nós só podemos nos curvar sobre normas interiorizadas, depois de termos aprendido a segui-las de início de maneira cega sob a força exteriormente imposta. Uma vez que a reflexão se lembra do caminho da autoridade, no qual as gramáticas dos jogos de linguagem foram dogmaticamente postas em funcionamento como regras da concepção de mundo e do agir, pode ser eliminado da autoridade aquilo que nela era mero domínio e dissolvido na compulsão desprovida de violência da inteligência e da decisão racional.

Como destaca Ernildo Stein (1987, p. 114) para Habermas o que falta à hermenêutica filosófica é esta reflexão. A crítica que Habermas faz a Gadamer incide particularmente ali onde este identifica autoridade (tradição) com conhecimento e

tenta reabilitar o preconceito a partir da estrutura pré-conceitual do compreender.

Apesar de simbolicamente ser uma polêmica, compartilhamos com Stein (ibidem, p. 102) que a teoria hermenêutica e o método crítico-dialético se complementam. Trata-se de um confronto que está no plano da complementaridade, apesar da pretensão de universalidade apresentada tanto pela crítica da dialética como pela hermenêutica propriamente dita.

Importante ver o foco de cada teórico. A teoria de Gadamer não quer apresentar um método hermenêutico com base numa tecnologia da compreensão, não quer construir um método da compreensão (STEIN, 1987, p. 113). Gadamer nunca teve pretensões de construir uma prescrição mas sim uma *teoria descritiva*, em sua obra isso é muito claro: "*Minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intensão filosófica: O que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do querer e fazer*" (GADAMER, 2014, p. 14). Diferente de Habermas, que numa *teoria prescritiva* defende que através do processo reflexivo da dialética comunicativa entre os interlocutores pode-se afastar a autoridade da tradição e se chegar no conhecimento adequado. Habermas propõe um modelo ideal hermenêutico, Gadamer descreve um paradigma. No entanto, como defende autorizada doutrina³, entendemos que trata-se de pesos predominantes em cada teoria. Toda teoria vai ter uma carga descritiva e uma carga prescritiva, a diferença será no peso que cada característica irá ter na fundamentação do discurso que a legitima⁴. Não há uma pureza quanto a estas características, a hermenêutica gadameriana e a dialética de Habermas não fogem disso. Pode-se citar como exemplo de prescrição em Gadamer, que é bem verdade seria mais dificultoso demonstrar, impondo a necessidade do intérprete não manipular opiniões arbitrárias para se ter um círculo hermenêutico virtuoso e uma interpretação legítima.

Entendemos, portanto, que a incompletude para a ciência jurídica na teoria (descritiva) hermenêutica de Gadamer está no fato da ausência de uma (prescrição)

³ Sobre teorias que propõe um modelo ideal de direito e teorias que apenas descrevem objetivamente um modelo. Ver: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 237.

⁴ Analogicamente a "classificação quinária do constante quinze" de Pontes de Miranda poderíamos desenvolver uma "classificação binária do constante três" quanto as características teóricas. Toda teoria terá duas cargas argumentativas (descrição e prescrição) - a diferença está na predominância de cada carga-, e soma destas cargas gera uma constante 3. Uma teoria terá carga descritiva 2 e outra prescritiva 1; outra terá carga prescritiva 2 e descritiva 1. Como exemplo: a teoria hermenêutica de Gadamer tem peso 2 na descrição e 1 na prescrição; a dialética de Habermas tem peso 2 na prescrição e 1 na descrição.

dialética reflexiva. Gadamer ao afirmar que quando a compreensão se completa e assim o círculo hermenêutico encerra, descarta o diálogo externo que se deve ter com os demais interlocutores que compartilham o texto e o contexto. Entendemos que isso é essencial quando se trata de texto jurídicos, onde o destinatário da norma não é o único intérprete⁵, pois ao fim e ao cabo, prevalecerá a interpretação do órgão jurisdicional. Se o órgão jurisdicional interpreta determinado texto, logo já está aplicando, sem ouvir os demais sujeitos do processo e suas respectivas interpretações, ele perde a oportunidade – e o dever - de se chegar numa hermenêutica mais adequada e democrática ao caso concreto e, assim, diminuir a potencialidade do justo. Talvez esta seja a carência em sua teoria que Gadamer narrou a Müller, e que coube a Habermas complementar.

Mas surge um problema a ser resolvido. Qual é a diferença entre a complementação de Müller e Habermas em relação a hermenêutica filosófica de Gadamer? A nossa hipótese é que ambas "procedimentalizam" a hermenêutica (predominantemente) descritiva de Gadamer. Müller busca racionalizar os preconceitos tanto produtivos quanto destrutivos da norma para, assim, combater eventuais conceitos arbitrários da pré-compreensão do intérprete com um elaborado catálogo de pontos de vista, que metodologicamente aprofundaremos adiante, a ser enfrentados para investigar o programa normativo e o âmbito normativo através de *elementos da pré-compreensão* para que assim sejam demonstrados na fundamentação do intérprete (2012, p. 61). Ou seja, Müller amplia a parca prescrição da hermenêutica gadameriana. Habermas busca fazer isso através da dialética. Eles se completam, enquanto Müller enriquece os horizontes do intérprete ainda dentro da hermenêutica gadameriana (incluindo a dogmática jurídica metódica, a teoria do direito, a teoria da constituição e teoria jurídica na pré-compreensão do intérprete) e dando oportunidade do intérprete justificar isso, Habermas faz isso através do

⁵ Dentro de uma tópica constitucional subjetiva, segundo Peter Häberle a teoria da interpretação constitucional tem concentrado seus esforços em dois pontos principais: (1) a questão acerca das tarefas e objetivos da interpretação, e (2) a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da interpretação e suas regras. No entanto, há um aspecto fundamental para o qual não se tem dado a devida importância: a questão relativa aos participantes da interpretação. Isto ocorre em razão do forte vínculo que a teoria da interpretação constitucional tem mantido com um modelo de sociedade fechada, conferindo especial destaque aos procedimentos formalizados e à interpretação constitucional realizada pelos magistrados. Contudo, por mais importante que seja a interpretação constitucional dos juízes, ela não é a única possível. (HÄBERLE, 1997, *passim*).

processo reflexivo. Podemos dizer que Friedrich Müller impõe uma reflexão do intérprete dentro da hermenêutica, Habermas impõe esta reflexão através do diálogo externo. Os dois partem de Gadamer, mas um exige uma reflexão interna (endo-hermenêutica) outro uma reflexão externa (exo-hermenêutica).

Um exemplo com este dois referencias: num caso difícil deve o magistrado e as partes buscarem o sentido da norma através dos elementos de concreção proposto por Müller no seu catálogo – os quais aprofundaremos no capítulo seguinte - para assim se afastarem de conceitos prévios arbitrários; de posse destes horizontes devem debater dialeticamente entre si, como propõe Habermas, para com a reflexão externa aprimorar ainda mais a aplicação do texto normativo ao caso e realizar, um última análise, o direito de forma democrática⁶.

O que se pode concluir parcialmente é que no mesmo contexto jurídico é possível se ter uma tutela maior ou menor do bem jurídico, a depender dos preconceitos do intérprete bem como da ausência de um procedimento reflexivo – seja interno ou externo - sobre o tema. Ainda, é possível identificar na fundamentação da decisão determinadas tradições que não mais se coadunam com a força normativa da Constituição, mormente se ausente uma hermenêutica reflexiva.

Portanto, defendemos neste ponto uma *hermenêutica reflexiva* que é exatamente a descrição ontológica gadameriana do intérprete complementada pela prescrição dialética habermasiana, mormente nos direitos de cidadania onde se tem grande peso multidisciplinar. Por seu turno, não descartamos a necessidade de uma exploração através dos elementos da teoria estruturante de Friedrich Müller para melhor formar uma reflexão interna do intérprete.

1.2 A Arquitetura Normativa Constitucional: a distinção entre postulados, princípios e regras na conformação da cidadania⁷

⁶ No capítulo sobre a *cidadania social existencial* analisaremos o caso do benefício da LOAS e os vários entendimentos que o STF esboçou no que respeita ao critério de necessidade, às vezes traduzido por miserabilidade, como forma de efetivação mais otimizada e justa deste importante benefício da Assistência Social. Um outro caso, bem representativo do aporte hermenêutico aqui em análise, pode ser a divergência que existia no âmbito das turmas da primeira Seção no Superior Tribunal de Justiça sobre o artigo 27 artigo Código Florestal (Lei 4.771/1965), como veremos especificamente quando trataremos da *cidadania ecológica*.

⁷ Este tópico é uma evolução do nosso: AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinária**. Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Página 34-41.

Como já destacamos, é de vital importância hermenêutica ter em mente uma rígida separação entre texto e norma. Na doutrina nacional é basilar a lição de Ávila (2001, p. 22) onde “*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos...*”.

Friedrich Müller (2005, p. 38), aprofundando o tema, refere que quando os juristas falam e escrevem sobre “a” Constituição, referem-se ao texto da Constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais “*o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’*” (ibidem). Para além do texto e da norma se tem a *normatividade*, que pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela *tradição* (horizonte passado do intérprete), não é produzida por esse mesmo *texto*. Muito pelo contrário, destaca Müller (ibidem) que a normatividade resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Com efeito, a normatividade está no plano da efetividade e pertence ao campo da relação entre constituição e realidade.

Portanto, da interpretação de um *texto* se extrai a *norma jurídica* (que como veremos pode ser uma regra, um princípio ou um postulado), ou seja, da redação lingüística adotada pelo legislador sai de um ou mais comandos normativos. Logo, se percebe que não podemos nos deixar levar pelo descuido técnico destes dois conceitos, uma vez que pode conduzir a uma confusão teórica bem significativa com reflexos direto na aplicação do Direito. Tal separação é bem conhecida na tradição jurídica brasileira, à exemplo da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* realizada no controle de constitucionalidade onde o texto fica inalterado em que pese haver uma redução normativa do dispositivo.

Dessa forma percebe-se que são conceitos completamente distintos e não necessariamente co-existentes. Existem situações em que há norma sem texto. Exemplo disto é o princípio da segurança jurídica e do princípio da proporcionalidade, os quais não possuem um dispositivo próprio. Segundo o STF, o

primeiro é implícito no sobreprincípio Estado de Direito⁸ e o segundo no devido processo legal em seu sentido substantivo⁹.

Também pode ocorrer de um texto sem norma como no caso da invocação da “*proteção de Deus*” no preâmbulo da constituição atual. Neste sentido assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na ADI 2.076¹⁰: “*Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa*”.

Outra hipótese é a possibilidade de um único texto a extração de várias normas, como base nisso é que o STF, como já nos referimos acima, declara a inconstitucionalidade sem redução de texto pronunciando a nulidade de normas incompatíveis com a Constituição sem alterar a expressão literal do ato impugnado.

E por fim, chega-se a conclusão de que é possível que mais de um texto produza uma única norma. Isso se dá, por exemplo, pelo exame dos dispositivos constitucionais que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade dos quais se extraem o princípio da segurança jurídica.

Fixada esta premissa, destaca-se que a distinção entre norma/princípios e norma/regras é vasta e rica na doutrina. Escolheu-se trabalhar com as tradições teóricas- normativas que mais alimentaram os horizontes dos juristas de um modo geral. Portanto, apesar de não se ter a pretensão de se esgotar as posições doutrinárias

⁸ Para Canotilho (1993, p. 387) o princípio do **Estado de direito** é informado por **duas ideias ordenadoras**: (1) ideia de **ordenação subjetiva**, garantindo um *status* jurídico aos indivíduo essencialmente ancorado nos *direitos fundamentais*; (2) ideia de **ordenação objetiva**, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o princípio da divisão de poderes. Estas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tônico caberá agora à ordenação funcional *objetiva* do Estado de direito. Segundo pesquisa de Rafael da Cás Maffini (2006, p. 44), as decisões do STF que fazem referência ao (sobre)princípio do **Estado de Direito** se consolidam nos seguintes cinco (sub) princípios: 1) Submissão do Estado à ordem jurídica (RE 158.215, DJ DE 07-06-1996); 2) Separação das funções estatais (ADI 3.046, DJ de 28-5-04) (Estado de Direito objetivo de Canotilho); 3) Efetivação dos direitos fundamentais (HC 82.424, DJ de 19-3-04) (Estado de Direito subjetivo de Canotilho); 4) Submissão do Estado a controle e responsabilização (MS 20.999, DJ de 25-5-90); e 5) Segurança jurídica (Pet 2.900-QO, DJ de 1º-8-03). Ainda segundo ele, a segurança jurídica pode ser deduzida num aspecto objetivo (art. 5º XXXVI) e num subjetivo consubstanciado no princípio da proteção da confiança. Esta se revela numa tríplice perspectiva: a) proteção substancial da confiança (um conjunto de normas jurídicas que visam à manutenção e à estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim dignas de proteção). b) proteção procedimental da confiança (ou das expectativas legítimas, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa); c) proteção compensatória da confiança (o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos);

⁹ ADI 855, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 27-3-2009.

¹⁰ Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, DJ de 8-8-03.

sobre o tema teremos logo a seguir um panorama suficiente para a reflexão que aqui se propõe.

1.2.1 A Teoria de Karl Larenz

Larenz entende os princípios como *ideias jurídicas gerais* que regulamentam normativamente de forma conveniente e adequada pois trazem a ideia de Direito ou de valores jurídicos reconhecidos. O pensamento deste autor na segunda edição de sua obra sobre metodologia do direito nos diz que (1969, p. 569, sem grifos no original)

(...) Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios **valores jurídicos superiores**, como a ideia de “boa-fé” ou a “justiça distributiva”; em parte, são **critérios** referidos a estes valores, como por exemplo os critérios da imputação; em parte ainda, são **postulados éticos-jurídicos ou sócio-jurídicos**, como a tutela da personalidade, a tutela da boa-fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes. (...)

Como se percebe Larenz, sem descartar a *dimensão formal de critério*, trabalha com uma *dimensão de conteúdo* dos princípios identificando-os como valores superiores e postulados éticos.

Segundo Humberto Ávila (2005, p. 27, sem grifos no original)

(...) Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. **Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada - a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra.** O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.

Como se percebe Karl Larenz reconhece nos princípios um conteúdo axiológico e ético para lhes dar fundamento de validade. No entanto, afirma que os

mesmos carecem de aplicabilidade, deixando para às regras esta função. Ou seja, para Larenz o que o intérprete aplica é a regra, não o princípio.

1.2.2 A Teoria de Ronald Dworkin

Dworkin constrói a sua teoria dos princípios com a finalidade de combater o positivismo jurídico, principalmente contra H.L.A. Hart, com o foco em criticar a discricionariedade que esta corrente de um modo geral autoriza na interpretação dos textos.

Humberto Ávila (2005, p. 28) bem sintetiza a motivação e pensamento de Dworkin:

(...) A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

Portanto para Dworkin segundo Humberto Ávila (*ibidem*), que foi uma inovação até então na tradição, a distinção entre os princípios e regras é de natureza lógica. As regras são aplicáveis, comumente, de forma disjuntiva, à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), presentes os pressupostos de fato previstos a subsunção se impõe pois ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a aplicação. Podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata. Os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (*dimension of weight*) (*ibidem*).

1.2.3 A Teoria de Alexy

Dentro da tradição dos direitos fundamentais indispensável a análise de Alexy e sua eventual utilidade para a cidadania social.

Segundo Alexy a mais importante das diferenciações teóricas-estruturais é a distinção entre regras e princípios. Toda a sua teoria dos direitos fundamentais gira em torno desta separação. Para ele toda norma é ou uma regra ou um princípio e a distinção é de qualidade, não de grau (ALEXY, 2014, p. 91).

Alexy (2014, p. 90), partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas existentes. Por seu turno, regras são determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, se uma regra vale deve fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos.

Em que pese a semelhança, no critério diferenciador de Dworkin e Alexy, os dois autores não usam o mesmo *descripminem*, neste sentido Avila (2005, p. 30) adverte que:

A distinção entre princípios e regras - segundo Alexy - não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy, semelhante a Dworkin, trouxe a ponderação para a colisão entre princípios. Neste caso, para o autor, a solução não se resolve com a prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função de um deles, no caso concreto, recebe a precedência (ALEXY, 2014, p. 93).

Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma abstrata, ao contrário das regras. É

só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante a lei de colisão (ALEXY, 2014, p. 101). É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo tudo ou nada (ALEXY, 2014, p. 117).

Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras para Alexy: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra é válida ou inválida para o caso concreto (ALEXY, 2014, p. 92), na colisão entre princípios se realiza uma ponderação onde no caso posto um determinado princípio vai pesar mais na decisão sem a necessidade de se declarar a invalidade do princípio excluído (ALEXY, 2014, p. 93).

Portanto, para Alexy, o que diferencia um princípio de uma regra é possibilidade daquele ser sopesado mediante a “*lei de colisão*” (e não no esquema do tudo ou nada como propõe Dworkin). Sendo os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, a natureza dos princípios implica na *máxima da proporcionalidade*¹¹ e está implica naquela (ALEXY, 2014, p.

¹¹ O Supremo Tribunal Federal aplica amplamente o princípio da proporcionalidade tratando como sinônimo com a norma da razoabilidade o que não concordamos (Ver: Habeas Corpus ° 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44: “...à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade...”; Recurso Extraordinário nº 211043, Relator Ministro Marco Aurélio: “...conflita com o Texto Maior, com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nele consagrados...”). Segundo Humberto Ávila (*A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Salvador-BA, ano I, vol. I, nº 04, julho de 2001, p. 29-30.) o postulado da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são fenômenos distintos. O Primeiro (postulado da proporcionalidade), há casos em que é analisada a correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, em função dos quais é preciso saber se a medida adotada é *adequada* para atingir o fim constitucionalmente instituído (relação meio x fim), se a medida é *necessária* enquanto não substituível por outro meio igualmente eficaz e menos restritivo do bem jurídico envolvido (relação meio x meio) e se a medida não está em relação de desproporção em relação ao fim a ser atingido (relação meio x fim). Nesse caso, devem ser analisados dois **bens jurídicos** protegidos por princípios constitucionais e a **medida** adotada para sua proteção. A pergunta a ser feita é: a medida adotada é adequada e necessária em relação ao fim e não implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato? Trata-se de um **exame abstrato** dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida, etc.) especificamente em função da medida adotada. Fala-se, aqui, do já explicado dever de proporcionalidade. Nesse caso, analisa-se o **bem jurídico** protegido por um princípio constitucional e a **medida relativamente a um fim**. Trata-se de um exame relativo. Sua aplicação pressupõe uma relação meio fim. Segundo (princípio da razoabilidade), há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na **situação pessoal** do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato **para determinado sujeito**? Trata-se de um **exame concreto-individual** dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da **particularidade** ou **excepcionalidade** do caso individual. Nesse aspecto, **não se analisa** apenas o **bem jurídico** protegido por um princípio constitucional e nem a **medida em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo**. Sua aplicação ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional, para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito

116). Para o autor só existe princípio se for possível aplicar a máxima da proporcionalidade e está só existe na aplicação de princípios. Portanto, é de vital importância para caracterizar a diferença entre princípios e regras para Alexy trazer a baila o que ele entende por *máxima da proporcionalidade*. Para o autor a máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais: a máxima da adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Nas palavras de Alexy:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas.” (...) “A máxima da **proporcionalidade em sentido estrito** decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das **possibilidades jurídicas**. Já as máximas da **adequação e da necessidade** decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de

envolvido. Não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa. Este é um dos casos em que é preciso verificar **se uma norma constitucional pode ter aplicação inconstitucional**: é a hipótese da iniquidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual, sem que ela precise ser proclamada formalmente inconstitucional. Esse dever consiste numa **espécie de proibição de excesso no caso concreto**. A medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito. A doutrina e a jurisprudência do **Tribunal Constitucional Alemão**, após longo período em que uniam indistintamente a primeira e a segunda hipótese aqui citada, **atribuem, hoje, significado normativo autônomo** para essa segunda modalidade, qualificando-a **de princípio da razoabilidade** (“Zumutbarkeitsgrundsatz”). Para o STF a princípio da proporcionalidade está implícito na cláusula do devido processo legal em seu sentido substantivo, conforme se depreende do julgado na ADI 855 (assim está ementada esta decisão: “Lei 10.248/1993, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo – GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/1988, art. 22, IV, e art. 238). Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.” (ADI 855, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 27-3-2009).

Há forte crítica do uso pela jurisprudência brasileira da *máxima da proporcionalidade* devido a falta de fundamentação e conseqüente ausência de confiança nos resultados idênticos e futuros. Este vício não pode ser associado especificamente a Alexy pois este autor alemão além de desenvolver uma *teoria de direitos fundamentais* e uma *teoria de princípios* também elaborou uma *teoria da argumentação jurídica* onde propõe como fundamental no discurso jurídico uma adequada fundamentação. Esta possui, em resumo, dois traços fundamentais: a *justificação interna* (onde se verifica se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação) e a *justificação externa* (a correção das premissas usadas na fundamentação). (ALEXY, 2013, p. 219).

O legislador no art. 8º do NCPC colocou textualmente a proporcionalidade e a razoabilidade como norma fundamental do processo civil: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” Como se percebe foi inserido no texto legal um referencial dogmático específico o que entendemos completamente inadequado pois desconsidera textualmente, por exemplo, a *concordância prática* de Hesse, que será aprofundada no capítulo seguinte, que deve ser enfrentada antes da *máxima da proporcionalidade*. Seja como for, o legislador optou manifestamente por um referencial teórico específico o que entendemos inadequado pois irá forçar o intérprete a buscar num conceito doutrinário o significado do texto normativo o que conduzirá a tradição da *jurisprudência dos conceitos* como abordaremos no capítulo seguinte.

otimização em face das **possibilidades fáticas**. (2014, pp. 117 e 118)¹²

Como se percebe as máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) da proporcionalidade são regras (normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, não há o que ponderar):

A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas as vezes tenham precedência, e as vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência tem como uma ilegalidade. **As três parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.** (ALEXY, 2014, p. 117, nota de rodapé 84, sem grifos no original).

Conforme destaca Barroso (2004, p. 228-229) a doutrina - tanto lusitana quanto brasileira – baseada na teoria de Alexy reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães, aplicando as máximas parciais. Este autor, destacando a

¹² Dentro desta sistematização alexyana, a necessidade e adequação por tratarem das possibilidades fáticas não podem ser analisadas por tribunais superiores dentro da sua competência recursal extraordinária conforme as sumulas de jurisprudência defensiva do STF (Súmula 279: Para simples reexame de prova não enseja recurso especial) e do STJ (súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial) e do TST (súmula 126: Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas). Quanto à invocação destas súmulas para não conhecimento destes recursos de cognição especial cumpre destacar os termos da súmula 456 (*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito a espécie*) e 457 (*O Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo da revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*) bem como o art. 257 do regimento interno do STJ (*No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível, decidida a preliminar pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*). Ou seja, após admitidos, estes tribunais de reexame da matéria de direito terão de apreciar a matéria de fato, pois é impossível rejulgar uma causa sem reexaminar fatos e provas em que pese a falta de cabimento destes recursos para reexaminar fatos. Por outro lado a separação entre matéria de fato e matéria de direito nem sempre é tão nítida assim e necessita de temperamentos. Segundo Danilo Knijnik ao comentar sobre a Súmula 7 do STJ, e *mutatis mutandis* se aplica ao STF e STJ, (*in: O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005), superando a dicotomia questão de fato e questão de direito, nada impede que arcabouço fático possa gerar, por vezes, questões de fato, de direito ou mesmo mistas. Sua divisão tricotômica pretende ser precisa o suficiente para que a questão mista se consubstancie em verdadeira categoria autônoma e suficiente de classificação do fenômeno e que possibilite a interpretação da Súmula 7 do STJ de maneira a abarcar as questões mistas. Não obstante a autonomia proposta, Knijnik, não nega que os extremos conceituais sejam de fato orientados pelo critério da preponderância, de modo que a terminologia mais precisa seria: “questões preponderantemente de fato, questões preponderantemente de direito e questões mistas. Por este motivo a Súmula 7 (e Súmula 126 do TST) deveria ser lida nos seguintes termos: *Não se conhecerá do Recurso Especial (e Recurso de Revista) tendo por objeto questões preponderantemente fáticas. As questões mistas, entretanto, poderão ou não ser revisadas “in jure”, desde que certos requisitos se façam presentes, quais sejam (1) a existência de dúvida quanto à observância da margem de decisão e (2) a possibilidade, ao ensejo de revisá-la, de proceder-se a um desenvolvimento posterior do direito, circunscrevendo seu âmbito de aplicação. Nessa definição, poderá o intérprete servir-se de critérios indicadores alternativos — efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência e relevância.*

tradição brasileira de Willis Santiago Guerra Filho, sintetiza este princípio: "*Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é **adequada**, se atinge o fim almejado, **exigível**, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, **proporcional em sentido estrito**, se as vantagens que trará superarem as desvantagens*" (ibidem, grifamos). Ou seja, enquanto as duas primeiras máximas parciais (adequação e necessidade) atuam na questão de fato da imposição da medida restritiva, a máxima da proporcionalidade atua na questão dos direitos postos em jogo.

Outra diferenciação entre regras e princípios dentro da teoria Alexyana refere-se aos tipos de contradição normativa. Para este jurista existem dois tipos de contradição normativa: o primeiro diz respeito àquilo que fica dentro do ordenamento jurídico e aquilo que fica fora (validade), e o segundo é dentro do ordenamento. Por isso que a validade serve ao conflito entre regras e raramente aos princípios. Enquanto que no conflito entre regras é de dentro pra fora (uma regra vai ser expurgada do ordenamento), a colisão entre princípios se dá de dentro para dentro do ordenamento jurídico pois o princípio apenas vai deixar de ser aplicado naquele caso concreto após a máxima da proporcionalidade, podendo ser aplicado posteriormente em um novo caso (ALEXY, 2014, p. 110).

Alexy ainda distingue regras e princípios através do absolutismo normativo, que para o autor só existe na estrutura de regra. Não existem princípios absolutos, toda norma de caráter absoluto possui uma estrutura de regra. O autor cita que a dignidade da pessoa humana, por ser considerada inviolável, poderia ser um princípio absoluto. No entanto, ele explica que do texto da dignidade da pessoa humana pode ser extraído, que acolhemos conforme proporemos a seguir, o princípio da dignidade da pessoa humana e a regra da dignidade da pessoa humana. Portanto, quando se diz que a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana é absoluta está a se falar da regra advinda deste dispositivo (2014, pp. 111 a 114).

1.2.4 A Teoria de Canotilho

Diante da importância para se ter um horizonte do passado, e influência na tradição jurídica brasileira, não se pode deixar de comentar a posição de J.J. Gomes Canotilho sobre o seu entendimento entre princípios e regras.

Na obra "*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*" para Canotilho "*o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema*

normativo aberto de regras e princípios” (1993, p. 166). O conceito não necessita de maiores explicações, merecendo destaque para o caráter de abertura do sistema jurídico, que para Canotilho advém de uma estrutura dialógica das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

Canotilho destaca que para diferenciar princípios e regras duas questões são fundamentais: a *função* dos princípios e se na relação entre princípios e regras há uma *diferença* de grau ou de qualidade. Quanto ao primeiro ponto para este constitucionalista português a multifuncionalidade é uma característica nos princípios, pois tanto podem ter uma função argumentativa, no sentido de dar a *ratio legis* de uma disposição, ou revelar normas que não estão expressas no ordenamento possibilitando aos juristas o desenvolvimento, a integração e a complementação do direito (CANOTILHO, 1993, p. 167).

Na segunda resposta Canotilho, com base em Dworkin e Alexy, destaca que há uma diferença qualitativa e não de grau entre regras e princípios nos seguintes aspectos (CANOTILHO, 1993, p. 168):

1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; convivência dos princípios é conflituosa; a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem as regras se excluem.

2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “*lógica do tudo ou nada*”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “*exigências*” ou “*standards*” que, em *prima facie*, devem ser realizados; as regras contêm “*fixações normativas*” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são

corretas devem ser alteradas).

Como se percebe, Canotilho, em que pese a sua importância doutrinária tradicional, pouco inovou a partir das diferenciações feitas por Dworkin e Alexy.

1.2.5 A Diferença Entre Postulados, Princípios e Regras em Humberto Ávila

Humberto Ávila, de forma original, se utiliza de uma teoria tricotômica na tipologia das normas jurídicas. Portanto, indispensável o horizonte deste teórico para uma melhor compreensão das normas.

Este autor, após refutar os critérios diferenciadores de Dworkin e Alexy, destaca que as normas não são em duas espécies mas em três: postulados, princípios e regras (2005, p. 15). Portanto, o ponto inovador de Humberto Ávila (2005, p.87 *et. Seq.*) está no desenvolvimento de uma tripartição das espécies normativas, pois agrega aos princípios e às regras os postulados. Postulados são metanormas ou normas de segundo grau, pois são deveres estruturantes de aplicação de outras normas. São normas formais e não matérias, pois não tratam diretamente da aplicação do Direito, mas sim que direito será aplicado no caso concreto. O autor trata como postulados as normas da proporcionalidade, da razoabilidade, da ponderação, da concordância prática, proibição do excesso.

Ávila, como já sinalizou Alexy, nos traz que um ou vários textos jurídicos (dispositivos), ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (2005, p. 60). Ou seja, para o autor o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata mas o modo que será aplicado o texto pelo interprete. Ávila traz o exemplo da norma sobre a igualdade. Na sua teoria é plausível aplicá-la como regra, como princípio e como postulado. Como *regra*, porque proíbe (*dever de abstenção*) a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como *princípio*, porque estabelece como devida a realização do valor da igualdade. E como *postulado*, porque estabelece um dever jurídico de comparação (*Gebot der Vergleichung*) a ser seguido na interpretação e aplicação, pré-excluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico. Ou seja, o autor traz alternativas inclusivas entre as espécies normativas, e não um caráter de exclusão. Como destaca Ávila:

O que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. (2005, p. 61).

Outro ponto original na tradição de Ávila, que diverge da maioria da doutrina, é que havendo conflito entre princípio e regra de mesma hierarquia, deve prevalecer a regra. A regra é algo que consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e é ela que, por isso mesmo, salvo uma razão extraordinária que fundamente o postulado da razoabilidade, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar de mesma hierarquia, como é o caso dos princípios (ÁVILA, 2005, p. 83). Daí a, conforme expressa este autor, a *função eficaz de trincheira das regras*. A esse respeito, defende Ávila que:

convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. (idem, ibidem).

Essa concepção tradicional da prevalência do princípio sobre a regra para o autor parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora valores, quando, em verdade, ela os dá aplicabilidade. Para Ávila são as regras constitucionais que são exceções aos princípios constitucionais, ou seja, havendo contrariedade entre regra constitucional e princípio constitucional deve prevalecer a regra. Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. No caso das regras, o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, devido ao caráter imediatamente descritivo e comportamental das regras. Ávila é enfático: “*descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio*” (2005, p. 84).

1.2.6 A Arquitetura Normativa da Ordem Constitucional Brasileira de Birnfeld¹³

Ao tratar da estrutura da Constituição Birnfeld (2008, p. 14-15) traz a clássica classificação das normas em princípios e regras, citando Canotilho, Dworkin e Alexy.

Relata, com base em Canotilho, que princípios podem ser explícitos ou implícitos, podem estar numa posição de subprincípios bem como disponíveis num escalonamento estrutural.

Birnfeld concebe a *ordem constitucional como um espaço conformativo da realidade que assenta-se em quatros planos de ação normativa (...)* (2008, p. 15-16). Esta ação normativa, para o autor, é composta por princípios e três regras, nestes termos: 1) Princípios multifuncionais que (a) estabelecem metas para criação ou cumprimento de regras incluindo tarefas hermenêuticas (b) regulam funcionalmente a completude do sistema; (c) sinalizam diretrizes para o legislador ordinário; 2) Regras sobre poderes, que envolve a atribuição de diferentes funções e prerrogativas, públicas e privadas, para atuação no espaço público, inerentes aos diferentes processos que envolvem a criação ou materialização de direitos e obrigações respaldadas pelo poder coercitivo do Estado; 3) Regras sobre direitos, no sentido de reconhecimento e ampliação de prerrogativas de natureza subjetiva da cidadania em face da coletividade e do Estado; 4) Regras sobre deveres, abrangendo toda e qualquer obrigação, de conteúdo positivo ou negativo, afeita ao Estado e aos cidadãos de forma geral pela ordem constitucional.

Birnfeld ressalta que a proposta desta tipologia é em razão da escolha de ver as normas constitucionais partirem da *cidadania* o que vai gerar os *poderes* desta como *funções*. Ou seja, o autor, com muita utilidade para os estudos da cidadania, arquiteta a ordem jurídica partindo dos *sujeitos de direito* e não necessariamente das fontes do direito e isso para cidadania possui, no mínimo, uma função simbólica fundamental pois trata a cidadania dentro de uma dimensão material. Destaca o autor que estes poderes públicos efetivadores da cidadania podem ser funções de pessoas estatais ou de pessoas não estatais (2008, p. 17).

¹³ Carlos Andre Hüning Birnfeld é Especialista em Administração Universitária (FURG/UFSC/UFRGS) e Mestre e Doutor em Direito (UFSC). É Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Grande, sendo professor efetivo do corpo docente do Mestrado em Direito e Justiça Social daquela instituição. Suas principais obras, as quais utilizamos para fazer essa abordagem, são: **Cidadania Ecológica** (2006) e **A Arquitetura normativa da Ordem Constitucional Brasileira** (2008), ambas lançadas pela editora Delfos (Pelotas-RS).

Outra observação feita por Birnfeld, semelhante a Alexy e Avila já aqui destacado, é que um texto pode consagrar ao mesmo tempo uma regra e um princípio (2008, p. 17). Para distinguir princípios e regras, o autor se utiliza dos mesmos critérios de Canotilho retratado linhas atrás.

Birnfeld (2008, p. 21) destaca que os princípios possuem, ainda, três funções: a) hermenêutica; b) regulativa; c) diretiva para o legislador ordinário. Note-se que dentro da multifuncionalidade destacada a última tem uma especial relevância para o controle de constitucionalidade, pois contribui para colocar balizas na liberdade de conformação do legislador delimitando, ainda que como uma diretriz, o que é mérito legislativo -insindicável por uma jurisdição constitucional - e o que pode ser objeto do controle de constitucionalidade.

Outro ponto de destaque na doutrina de Birnfeld (2008, p. 24), similar ao que defende Karl Larenz como já destacado, que há uma densificação normativa do mais abstrato princípio até a concretude da regra posta. Cita, como exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da legalidade tributaria onde este densifica aquele (semelhante o que faz Humberto Ávila, tratando de princípios – norma finalidade e regras – norma de comportamento - respectivamente).

Quanto à tipologia das regras para Birnfeld (2008, p. 30-60) há regra sobre *poderes* (poder eleitoral, poderes legislativos, poderes judiciais, poderes administrativos e poder de polícia), regra sobre *direitos* e regra sobre *deveres* (públicos e privados).

Birnfeld (2008, p. 61-62) conforma toda a teoria exposta e faz a sua proposta da *arquitetura normativa da ordem constitucional brasileira*. Destaca que as regras constitucionais sobre poderes, embora autônomas, não podem contrariar os princípios constitucionais. Há uma relação de mão dupla entre princípios constitucionais e regras de direitos constitucionais e deveres constitucionais. Os deveres constitucionais possuem disposição autônoma e necessidade de observância dos princípios constitucionais e das regras constitucionais de direito ou de poder. Os direitos constitucionais, razão de ser da constituição, dos quais defluem deveres constitucionais, de onde saem os poderes constitucionais possuem uma necessária via de mão dupla com os princípios, pois estes são balizas inafastáveis para a sua adequada aplicação.

Além de original, a proposta feita em “*A Arquitetura normativa da Ordem Constitucional Brasileira*” nos conforta quanto algumas inquietações normativas presente na Constituição e contribui de forma original para a cidadania.

1.3. Uma Proposta Normativa Para os Direitos de Cidadania Social

Diante das explanações retro se percebe que na teoria de Dworkin se tem a cristalização na tradição a distinção entre os princípios e regras. No entanto, no atual avanço da teoria da norma, em que pese a importância na construção do horizonte passado do intérprete, ela é insuficiente.

A distinção em Alexy é de natureza lógica, e sem reduzir a sua contribuição para estudo dos direitos fundamentais, há um problema quanto a ponderação, pois esta não é exclusiva dos princípios. Por exemplo, na matéria ambiental (direito de terceira geração de cidadania ecológica, na classificação de Bobbio como veremos), o Código Florestal (Lei 12.651/2012) determina que é proibido o uso de fogo na vegetação, exceto, entre outras hipóteses, “*em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do Sisnama, para cada imóvel rural ou de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle*” (art. 38, I). A norma possui uma indiscutível estrutura de regra, no entanto não é difícil imaginar que em determinadas situações, que o emprego do fogo ultrapasse uma ínfima parcela de vegetação fora da região aprovada pelo órgão ambiental, e assim não afetando o bem ambiental protegido, possa ser relevada sem imputar eventual responsabilidade ao infrator. Trata-se de um afastamento da subsunção da regra ambiental sem necessidade de declarar a invalidade da regra, sendo uma contradição interna que pode muito bem ser fundamentada através do máxima da proporcionalidade dentro da teoria de Alexy. Logo, Alexy tem grande contribuição na tradição mas entendemos que o critério não é seguro trazendo insegurança jurídica na sua aplicação. Por este mesmo motivo as autorizadas contribuições de J.J. Gomes Canotilho, e por isso a sua inserção no presente estudo, para a distinção entre princípios e regras por se basear em Alexy também não conforma o estudo da cidadania pelos mesmos motivos retro invocados.

Dentro da teoria de Humberto Ávila algumas contribuições para a aplicabilidade da cidadania devem ser destacadas: a) é de inevitável aceitação a sua

inserção do postulado normativo (deveres estruturantes de aplicação de outras normas) dentro da clássica teoria dicotômica das normas (princípios: normas/finalidade; regras: normas de comportamento); b) outra contribuição importante é a sua inversão no desvalor aplicativo de princípios e regras, considerando a violação desta mais grave que a violação do princípio devido o grau de determinação feita pelo legislador e por isso a regra é uma exceção ao princípio quando de mesmo nível hierárquico; c) por fim entende-se importante a abordagem quanto a aplicabilidade das normas de que o que vai determinar se é um princípio ou uma regra (ou um postulado, na sua teoria) não vai ser o texto posto pelo legislador mas a interpretação dada pelo aplicador da norma.

A contribuição latente para o estudo das regras e princípios em Birnfeld está na gênese dos direitos da cidadania. Para este autor, como já destacamos, a compreensão deste conteúdo parte do significado de um processo dinâmico da cidadania e não mera produção estatal. Isso justifica a sua análise de conteúdo das regras com direitos, poderes e funções.

Portanto, tendo por norte a diferenciação, sem exaurir o tema, das normas constitucionais com as contribuições de Birnfeld e Ávila para contribuir à cidadania, propomos, exemplificado através da temática da cidadania ecológica, o seguinte tratamento dos princípios (norma de finalidade), das regras (norma de comportamento) e dos postulados (norma de método) :

1) Os *princípios* são multifuncionais: (a) estabelecem metas para criação ou cumprimento de regras efetivadoras da cidadania incluindo especialmente funções hermenêuticas; (b) regulam de forma funcional a incolumidade da natureza e manutenção da vida (c) sinalizam diretrizes para o legislador ordinário. Por exemplo o *Princípio da equidade intergeracional* do art. 225 da CF além de orientar o legislador na conformação infraconstitucional e exigir uma hermenêutica conforme a CF, regula funcionalmente completude do sistema de proteção ecológica com olhar para as futuras gerações.

2) Existem *regras* sobre *poderes* de efetivação da cidadania, que envolve a atribuição de diferentes funções e prerrogativas, públicas e privadas, para atuação no espaço público, inerentes aos diferentes processos que envolvem a criação ou materialização de direitos e obrigações ecológicos respaldadas pelo poder coercitivo do Estado. Por exemplo, o poder de polícia administrativa na tutela do meio ambiente que o Estado tem em “*definir, em todas as unidades da Federação, espaços*

territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (CF, art. 225, § 1º, III).

3) Há *regras* sobre *direitos*, no sentido de reconhecimento e ampliação de prerrogativas de natureza subjetiva da cidadania ecológica em face da coletividade e do Estado. Exemplo: a norma que garante o direito subjetivo de ação popular que qualquer eleitor tem para exercer a cidadania ecológica (CF, art. 5º, LXXIII).

4) Existem *regras* sobre *deveres*, abrangendo toda e qualquer obrigação, de ações ou abstenções, afeita ao Estado e aos cidadãos de forma geral pela ordem constitucional ecológica. Exemplo: o dever que o Estado e a coletividade tem de defender e preservar para as presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225). Note-se que aqui o dispositivo foi aplicado como regra, conforme citado anteriormente.

5) Além das regras e princípios existem os *postulados aplicativos* (proporcionalidade, razoabilidade, ponderação, da concordância prática, proibição do excesso) que regulam a aplicabilidade e a coordenação dos princípios e das regras concretizadoras da cidadania. Exemplo: O caso hipotético usado para refutar o critério diferenciador de Alexy (Código Florestal, Lei 12.651/2012, art. 38, I) onde mediante o postulado da ponderação prevaleceu a *livre iniciativa* em detrimento da proteção ao *meio ambiente* devido a insignificante lesão ao meio ambiente afastando, assim, em tese, a responsabilidade.

6) Devido o grau de decidibilidade da ponderação na norma já feita pelo legislador, violar regras (normas de conduta que contém: direitos, poderes e deveres) é mais grave que violar princípios (normas de finalidade) quando de mesmo nível hierárquico e por isso aquela é uma exceção desta. Por exemplo: A CF, como conformadora de um Estado Liberal, garante a norma liberdade de iniciativa em diversos textos (art. 1º, IV, Art. 5º, XIII, Art. 170 *caput*, art. 170, parágrafo único) os quais possuem a finalidade (princípio) de garantir a autonomia da vontade para iniciar qualquer trabalho, ofício ou empreendimento. No entanto, esta liberdade encontra exceções, através, por exemplo, das normas do Estado Ambiental, pois se a atividade escolhida causar significativa degradação ambiental é necessário o estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV) podendo inclusive se chegar a conclusão que de

acordo com a regra-dever de precaução a atividade não será licenciada (norma de comportamento negativo).

Portanto, dentro do presente trabalho esta será a abordagem normativa no que tange ao resultado formal-objetivo da interpretação dos textos, consubstanciado na produção de princípios, regras (poderes/direitos/deveres) e postulados (normas de segundo grau) na conformação da cidadania social existencial.

Dessa forma, explanado como se estrutura a interpretação, a necessidade de uma postura dialética do intérprete e as possibilidades normativas do resultado hermenêutica, passaremos ao capítulo seguinte onde trataremos da criação judicial do direito.

CAPÍTULO 2 – DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

2.1 Introdução ao Problema

Realizar o valor justiça é a atuação concreta do direito material (OLIVEIRA, 2010, p. 99), no entanto não há uma cisão muito clara entre interpretar direito posto e criar direito novo (CAPPELLETI 1999, p. 23). Com isto surge o problema de extrair o sentido possível da norma para definir se o intérprete está aplicando direito ou criando direito novo. Este é um problema que atravessa o estudo da hermenêutica e até hoje não há um referencial único e correto que delimite esta fronteira¹⁴. Assim, mister enfrentar as principais tradições teóricas e metodológicas que se preocuparam em encontrar um referencial para o intérprete extrair este sentido e assim realizar o direito material, mormente os de cidadania e que pertençam a tradição jurídica brasileira.

2.2. A Justiça da Decisão Judicial: teorias justificadoras do direito

Posto o problema, veremos que a depender do referencial teórico o sentido possível da norma pode variar e, conseqüentemente, o que é interpretar e criar direito sofrerá a mesma variação podendo, inclusive, verificar o nível democrático da decisão.

Esta atenção da teoria do direito é dada desde o início do século passado e surgiram, assim, várias correntes doutrinárias em diversos países para delimitar esta fronteira, bem como outras que consideram esta separação supérflua. Alguns autores tentaram enfrentar o problema se utilizando inclusive de outros ramos da ciência para justificar as suas teses. Analisaremos algumas tradições jurídicas que foram profícuas nesta análise e contribuíram para tanto.

¹⁴ Em que pese esta dificuldade afirmada pela doutrina em separar se a decisão judicial esta incerta numa atividade interpretativa ou criativa de direito alguns critérios podem ser seguidos. Em analogia a historicidade do surgimento dos direitos humanos destacado por Bobbio, conforme demonstraremos no capítulo da cidadania social existencial desta dissertação e à qual remetemos o leitor, os *novos direitos* surgiram de *três modos*, em resumo, aumento de (a) bens; (b) sujeitos merecedores de tutela e, (c) aumento da especificidade dos direitos. Dessa forma seria “criação judicial do direito” toda vez que o julgado ampliar o programa da norma a outros bens, sujeitos ou categoria de sujeitos não contemplados no texto normativo. Portanto, em tese, este seria um critério a ser seguido levando em consideração que nos casos (a) e (b) seria mais fácil identificar a atividade criativa judicial que no caso (c).

2.2.1 A Escola Histórica do Direito e a Jurisprudência dos Conceitos

Dentro da *Escola Histórica do Direito* de Savigny (1779-1881), como já previamente destacamos no capítulo I, o juiz tinha um papel meramente passivo no direito¹⁵, a tarefa de realizar justiça era afeta funcionalmente ao legislador e não ao juiz, sendo inclusive proibido ao tribunal o uso de uma interpretação teleológica. Segundo Karl Larenz

(...) condena Savigny uma interpretação “teleológica”: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da articulação do sistema, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo do seu dispositivo. O juiz não tem, como um criador, que aperfeiçoar a lei – tem apenas que executa-la: ‘um acabamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, em nenhum caso do julgador. (LARENZ, 1969, p. 3)

Houve um avanço com a *Jurisprudência dos conceitos* de Puchta e Windscheid, representantes desta corrente, no século XIX. Surge a possibilidade do juiz suprir as lacunas dos textos legais através de conceitos dispostos numa pirâmide conceitual dentro de um sistema lógico-formal. No ápice desta pirâmide estaria um conceito supremo que procederia da filosofia. Karl Larenz destaca que

Como exemplo desta “escalada conceitual” apresenta ele o conceito de servidão de passagem, que, num primeiro plano, será um direito subjetivo, e, “por conseguinte um poder sobre um objeto”; num segundo plano, um direito “sobre uma coisa”, ou como diríamos, um direito real; depois “um direito sobre coisa alheia“, e por conseguinte, uma sujeição parcial desta última; noutro plano ainda, como a particular espécie desta sujeição a é a fruição, dir-se-á que a servidão de passagem pertence ao gênero dos direitos sobre as coisas para fruição. (...) “genealogia dos conceitos” ensina, portanto, que o conceito supremo, de que deduzem todos os outros determina pelo seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Segundo PUCHTA, esse conceito procede da filosofia do direito: assim se consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e extrair novas proposições jurídicas. (Ibidem, p. 15)

Pela análise da posição teórica de Puchta verifica-se um maior poder do juiz no manuseio do conteúdo do texto, no entanto este conteúdo lhe é dado previamente pela ciência jurídica e ultimado filosofia do direito. Ou seja, o conceito autorizado na

¹⁵ É possível ainda encontrar na jurisprudência brasileira esta tradição conforme destacaremos no capítulo anterior na primeira posição do STF sobre o conceito de necessidade para a concessão do benefício assistencial previsto na LOAS (ADI 1232) e na posição da Primeira Turma do STJ na questão da queima da cana de açúcar. No que respeita ao primeiro caso, ver: SERAU Jr.; COSTA, 2015.

jurisprudência dos conceitos é o conceito doutrinário, não judicial. Portanto, o que vai realizar justiça propriamente dita, além da lei no pensamento de Puchta, é a dogmática jurídica¹⁶.

2.2.2 O Movimento para o Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores

Em reposta a completude do sistema jurídico proposto pela Escola Histórica do Direito e pela Jurisprudência dos Conceitos e o papel passivo do juiz nestas tradições surge a tradição *Movimento para o Direito Livre*, que teve em Eugen Ehrlich seu principal fundador. Este movimento trouxe um *voluntarismo* para a decisão judicial até hoje sem precedentes. Traz este movimento descritivamente, conforme afirmava O. Bulow, adepto deste, o que hoje é quase universalmente reconhecido (LARENZ, 1997, p. 79) que toda decisão judicial é uma atividade criativa e pessoal que escapa inclusive ao método de investigação dos fatos legislativos proposta pela Jurisprudência dos Interesses como veremos infra. A expressão “*Movimento para o direito Livre*” remonta a uma antiga conferência de Ehrlich de 1903 que traduz a importância da livre investigação do Direito pela jurisprudência, não através da discricionariedade judicial e emocional, mas a busca da justiça com base na *tradição jurídica* (Ibidem, p. 69). Esta dimensão prescritiva dada por este movimento traz um limite a esta atividade criativa: não pode o juiz nesta atividade fugir a tradição jurídica traduzida pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e ciência do direito. Logo, pode-se dizer que o juiz ao aplicar o texto tem poder de criar o direito e realizar a justiça, mas esta liberdade possui como *limite material* a tradição da sua comunidade que pode ser no sentido gadameriano anteriormente já descrito.

Através da *Jurisprudência dos Interesses*, surgida no início do século XX, que teve em Philip Heck seu principal nome - um dissidente do movimento para o direito livre pois se opunha a possibilidade interpretação *contra legem* defendida por alguns teóricos partícipes desta corrente (MIOZZO, 2014, p. 159) -, houve mais uma

¹⁶ Semelhante abordagem a jurisprudência dos conceitos encontra-se na hermenêutica constitucional de Peter Häberle onde dentre os participantes não estatais da sua interpretação aberta destaca a Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional, tendo na jurisdição constitucional o seu catalisador, citando exemplos de conceitos dogmáticos de *direitos fundamentais* e *princípio da unidade da constituição* como fundamentos de decisões jurisdicionais (HÄBERLE, 1997, p. 28).

reação ao formalismo e ao dogma da completude do direito proposto pela Jurisprudência dos Conceitos. Surge um juiz que deve se atentar aos *interesses sopesados pelo legislador* ao elaborar a lei pois, afinal, o legislador não tinha a capacidade de solucionar textualmente as necessidades da vida na sua inteiridade. Assim o juiz, através do método da *ponderação* dos interesses (LARENZ, 1997, p. 69), assume um papel mais ativo, buscando no *elemento histórico do texto*, através dos trabalhos preparatórios legislativos, a solução e justiça para o caso.

Conforme destaca Larenz, para a *jurisprudência dos interesses* o objetivo final da jurisdição e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetivas, quer materiais, quer ideais, presentes na comunidade jurídica. São estas apetências e tendências apetivas que designamos – elucida Heck – por interesses, e a particularidade da jurisprudência dos interesses consiste em tentar não perder de vista esse objetivo último em toda a operação, em toda a formação de conceitos. (LARENZ, 1969, p. 55)

A jurisprudência dos interesses de Heck conseguiu um inusitado êxito pelo menos no âmbito do direito privado (LARENZ, 1997, p. 163). No entanto seus próprios partidários a criticavam pois pecava em limitar o “interesse” no critério definido pelo legislador, e era necessário buscar o interesse que representava ou deveria representar para as partes do litígio. Surge, com esta necessidade, com a *Jurisprudência dos Valores* (ou jurisprudência dos princípios), uma variação da jurisprudência dos interesses, através de uma aproximação do direito com a sociologia. O elemento histórico da interpretação perde importância com esta variante teórica, separando “interesse” e valoração que seria, em última análise, corolário de justiça (ibidem, p. 163). A jurisprudência dos valores, que teve como expoente Harry Westermann, tinha no critério de justiça e na sua respectiva fundamentação jurídica para seus críticos o seu “calcanhar de Aquiles”. Ao se relacionar com o conceito de valor que deveria ser o esperado pelas partes, desloca o foco da fundamentação jurídica para uma motivação que prima o problema em detrimento da norma como metodologicamente trabalhou, como aprofundaremos a seguir, Theodor Viegh em sua obra “*Topik und Jurisprudenz*”¹⁷.

¹⁷ Tradução brasileira: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos.** Tradução da 5. Ed. Alemã, rev. e ampl. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

2.2.3 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Com as concepções de que a ciência do direito estava mais voltada para a sociologia jurídica, a tradição reagiu na busca de um direito puro. Foi Hans Kelsen quem cuidou desta tarefa, Karl Larenz (1969, p. 81) comenta:

A sua “Teoria Pura do Direito” constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do direito como Ciência – mantendo-se embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje conhecer. O que não obsta acrescentar: assim como a jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a Teoria Pura do Direito atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são pobres. (...)

Ao perquirir o papel criativo do juiz nesta teoria, verifica-se que para Hans Kelsen há um escalonamento normativo hierarquicamente disposto numa pirâmide que dará regularidade jurídica ao ordenamento (KELSEN, 2007, p. 123). No vértice desta pirâmide está a Constituição e descendo até a base estão as leis, decretos (ambos atos gerais) e depois a sentença e o ato administrativo (atos individuais) (ibidem, p. 126).

Todo ato cria e aplica o direito, sendo que o maior grau de criação advém do ato mais próximo do vértice e o maior grau de aplicação do mais próximo da base sempre obedecendo a *moldura* do ato que está acima. Nas palavras de Hans Kelsen (ibidem, p. 126):

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanente relativamente grande. A cada grau que desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da criação aumenta e da livre criação diminui.

Para Hans Kelsen, dentro da execução da norma superior e criando na norma inferior há um espaço de decisão do intérprete dentro da moldura superior. Por ter esta liberdade de criar o direito dentro da moldura, este agir não é meramente cognitivo, mas volitivo, não é apenas um ato de conhecimento mas um ato de vontade. Há uma discricionariedade política dentro da moldura.

A constituição opera-se da aplicação da norma fundamental, que é a única “*não produzida através de um acto de vontade mas apenas mentalmente pressuposta*” (LARENZ, 1969, p. 93). Todas as possibilidades de produção do direito dentro das

molduras superiores estão corretas na teoria pura de Hans Kelsen, não há injustiças dentro das interpretações possíveis (ibidem, p. 94) emolduradas. Hans Kelsen deixa isso muito claro quando afirma que:

A indagação sobre qual das várias possibilidades na moldura de uma norma é a “justa” é - conforme a exposição - não uma indagação dirigida ao conhecimento do direito positivo, não problema jurídico-teórico mas político-jurídico. A tarefa: obter da lei a sentença judicial justa ou ato administrativo justo, é essencialmente o mesmo que criar, na moldura da constituição, as leis justas. **Assim como da constituição não se pode obter leis justas, através da interpretação, da lei também não se pode obter sentenças justas através da interpretação.** (KELSEN, 2013, p. 153, grifamos).

Foge do presente estudo explorar as críticas e virtudes da “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen pormenorizadamente, no entanto, é preciso frisar qual é o objeto de Hans Kelsen na sua teoria: uma metodologia para conceituar o direito. A maioria das críticas infundadas feita a *teoria pura do direito*, a nosso ver, são dentro de uma filtragem interpretativa, o que não foi o seu foco. O ato de vontade para Kelsen é uma idealidade e como simples ato humano é alheio ao direito, ou seja, não é objeto da ciência jurídica. Isso significa dizer que o Direito não está fundamentado na moral ou em qualquer outra dimensão que não no próprio Direito. O Direito, portanto, regula sua própria produção através da pirâmide. O que "produz" esse direito - ato legislativo, ato jurisdicional, ato administrativo-, é o ato (ideal) de vontade mas ele é alheio a ciência jurídica. Embora Kelsen seja um relativista moral e não acredite em única resposta correta como propunha Dworkin, como veremos adiante, ele não apresentou uma teoria da interpretação, é só uma teoria positivista pra conceituar o Direito com base no *ato de vontade* e aí ela e seu intento se esgotam¹⁸.

¹⁸ Sobre ascensão e decadência do positivismo jurídico, destaca-se que “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”. (BARROSO, 2004, pp. 324-325). Compartilhamos a ideia supra de Larenz que a teoria pura de Kelsen foi pouco produtiva na atuação prática mas foi um avanço enquanto teoria do direito. De fato, muito se associa ao positivismo alguns regimes totalitários diante desta ausência de ética na formação do Direito. No entanto, não se pode associar de forma acrítica e genérica o positivismo ao regime nazista como seguidamente se vê alhures.

Portanto, além do legislador, o juiz, assim como o administrador, na *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen, tem o poder de criar o Direito dentro da moldura normativa superior sendo, dentro desta tradição, livre na conformação emoldurada.

2.2.4 A Polêmica Entre Hart e Dworkin

Para Herbert Hart há sempre uma *textura aberta* no texto que vai gerar escolhas interpretativas. Assim este autor descreveu a sua teoria:

“A transmissão por meio do exemplo, em todas as suas formas, mesmo acompanhada por orientações verbais de caráter geral, como ‘faça como eu’, pode deixar em aberto um amplo leque de possibilidades, e portanto, de dúvidas, sobre o que se pretende, e mesmo sobre questões que a própria pessoa transmite o ensinamento já tenha examinado com clareza. Até que ponto o comportamento deve ser imitado? Fará diferença se, para tirar o chapéu, eu usar a mão esquerda em, vez da direita? Que a ação seja executada lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja colocado debaixo do acento? Que dentro da igreja não seja colocado na cabeça? (HART, 2009, p. 162)

Hart traz outro exemplo

(...) Indagada se norma que proíbe o uso de veículo no parque é aplicável a algum conjunto de circunstâncias no qual tal aplicação parece incerta, a pessoa encarregada de responder não tem outra alternativa senão a de examinar (como quando se utiliza um precedente) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples sob aspectos ‘pertinentes’. Assim a **discricionariedade** que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha (ibidem, p.165, grifamos) (...). E continua: “Qualquer que seja a estratégia escolhida para transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando a sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de **textura aberta**. (...) Os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer (ibidem, p. 166 e 167).

Para Norberto Bobbio a ideologia Nazista era nitidamente contrário ao princípio juspositivista, pois neste regime totalitário o juiz decidia com base no interesse político do Estado, sendo considerados, nos termos da ideologia nazista, todos os atos contrários ao “sentimento popular” – portanto alheio ao direito, nos termos do positivismo de matriz kelseniana - (BOBBIO, 1995, p. 236). Para uma melhor compreensão da postura mecanicista de um funcionário nazista e seu julgamento ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 16. reimpressão. 2000.

Dessa forma, a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas de comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso (ibidem, p. 175). Portanto, para Hart há um limite inerente a natureza da linguagem que vai gerar zonas limítrofes, penumbras, que resultará numa “textura aberta” do texto que, conseqüentemente, vai dar ao intérprete uma escolha discricionária.

Ronald Dworkin, um dos principais críticos do positivismo, escolheu a teoria de Hart para o seu ataque. Acreditava na completude do direito, afirmando que o juiz, diante dos casos difíceis, deveria aplicar os princípios morais. Frise-se que Hart, diferentemente, afirma que não há uma relação necessária entre direito e moral. Dworkin, ao se opor a discricionariedade da textura aberta do positivismo de Hart, critica as decisões não legislativas criadoras de direito novo – o que para alguns, como Jürgen Habermas, é o resultado da ponderação, como veremos a seguir – pois além do juiz não ser eleito pelo povo, o que violaria a democracia, a parte vencida na demanda será punida por violar um dever que retroagiu ao seu caso com a posterior decisão judicial, afastando assim a *expectativa legítima* da parte perdedora, portanto, injusta (DWORKIN, 2014, pp.132-134).

Dworkin defendia que o direito deveria ser regido pela *integridade* onde cabe aos magistrados interpretar o Direito como um todo coerente, decidindo de forma idêntica casos idênticos mesmo que isso seja injusto (2014, p. 224)¹⁹. Dworkin também advoga na *única resposta correta* pois mesmo considerando raro que existam casos sem nenhuma resposta correta num determinado sistema jurídico, em um ordenamento complexo e abrangente. Ou seja, é improvável que duas teses jurídicas diverjam ao ponto de exigir respostas diferentes em determinado caso concreto e ao mesmo tempo ter a mesma relevância jurídica (2000, p. 215).

Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 502) destacam que Dworkin não vai muito além sobre o auxílio fornecido à atividade interpretativa pelo princípio da integridade, destacando a crítica de Alexy, a qual compartilhamos, que não há na obra de Dworkin nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta. O próprio

¹⁹ O livro III do NCPC, no art. 926, ao tratar do processo nos tribunais elenca explicitamente que os tribunais devem ao uniformizar a sua jurisprudência mantê-la “íntegra”. O legislador optou manifestamente por um referencial teórico específico o qual entendemos inadequado, pois irá forçar o intérprete a buscar num conceito doutrinário específico, ou seja, o significado do texto normativo, o que conduzirá a tradição da *jurisprudência dos conceitos*, como já abordamos.

Hart respondeu às críticas de Dworkin no pós-escrito do seu *O que é Direito*. Quanto à discricionariedade Hart, ponto que concordamos, reafirmou a tese de que o juiz cria o direito mormente nos casos difíceis, mas, além de ser de uma forma mais limitada, não o faz da mesma forma que o legislador pois ele ao mesmo tempo que cria direito novo aplica o direito estabelecido (ibidem, p. 352), afinal discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade (CAPPELLETI, 1999, p. 24). Quanto à injustiça da decisão criadora de direito, Hart diz que este é o preço a se pagar para se evitar o transtorno que seria enviar ao legislador um apelo para regulamentar a matéria e que, ainda, esta atitude dos tribunais diante da incompletude do direito é característica das democracias modernas (ibidem pp. 355-356).

Não há como concordar com Dworkin em seu combate a Hart. Com efeito, a aceitação da sua única resposta correta seria eliminar do desenvolvimento temporal do direito toda a historicidade da cidadania social, mormente a existencial, o que aqui nos interessa. Quanto ao *império da integridade* isso realiza a segurança jurídica com a efetivação das expectativas legítimas dos jurisdicionados, pois afinal é legítimo esperar que demandas idênticas tenham resultados idênticos, vez que isso densifica a proteção da confiança que é desenvolvimento do Estado de Direito, mas perde o absolutismo diante da justiça do caso concreto e desconsidera, também, a historicidade dos direitos de cidadania. Além disso, desconsidera toda a hermenêutica filosófica de Gadamer e a influência subjetiva do sujeito na interpretação, ainda que os juízos arbitrários possam ser filtrados pela reflexão dialética entre os partícipes interessados no resultado interpretativo. A textura aberta do texto normativo é uma contingência do direito.

Segundo J. Canotilho (1993, p. 1993), o princípio do Estado de direito é informado por duas ideias ordenadoras: (1) ideia de ordenação subjetiva, garantindo um *status* jurídico aos indivíduo essencialmente ancorado nos *direitos fundamentais*; (2) ideia de ordenação objetiva, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objetivamente estruturante o princípio da divisão de poderes.

Estas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas a ênfase caberá agora à ordenação funcional *objetiva* do Estado de direito. Segundo pesquisa de Rafael da Cás Maffini (2006, p. 44), as decisões do STF que fazem referência ao (sobre)princípio do Estado de Direito se consolidam nos seguintes cinco (sub) princípios: 1) Submissão do Estado à ordem jurídica (RE 158.215, DJ DE 07-06-

1996); 2) Separação das funções estatais (ADI 3.046, DJ de 28-5-04) (Estado de Direito objetivo de Canotilho); 3) Efetivação dos direitos fundamentais (HC 82.424, DJ de 19-3-04) (Estado de Direito subjetivo de Canotilho); 4) Submissão do Estado a controle e responsabilização (MS 20.999, DJ de 25-5-90); e 5) Segurança jurídica (Pet 2.900-QO, DJ de 1º-8-03). Ainda, segundo Maffini, a segurança jurídica pode ser deduzida num aspecto objetivo (art. 5º XXXVI) e num subjetivo consubstanciado no princípio da proteção da confiança²⁰. Esta, ainda, se revela numa tríplice perspectiva: a) proteção substancial da confiança (um conjunto de normas jurídicas que visam à manutenção e à estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim dignas de proteção). b) proteção procedimental da confiança (ou das expectativas legítimas, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa); c) proteção compensatória da confiança (o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos). Portanto, fica demonstrado que a integridade do direito não é um valor isolado dentro do Estado de Direito, concorrendo com demais normas merecedoras de densificação.

2.3. O problema da democracia

Uma das principais críticas que sofre a criação judicial do direito está no fato desta decisão ser, conforme inclusive um dos ataques de Dworkin ao positivismo de Hart, antidemocrática afinal juízes não são eleitos pelo povo e como tal não podem inovar na ordem jurídica criando obrigações, vez que não possuem mandato popular para tanto.

Em primeiro lugar, registre-se que há uma crença na democracia como algo legitimador do texto normativo, um senso comum teórico com base na *vontade do legislador*. Destaca Konrad Hesse (2013, p. 104-109) que a teoria tradicional da interpretação pretende, ordinariamente, revelar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjetiva) do legislador através da análise do texto (interpretação

²⁰ O NCPC no art. 927, §4º, determina expressamente que, além da isonomia, a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

gramatical), do seu processo de criação (interpretação histórica), das suas conexões sistemáticas (interpretação sistemática) e dos seus antecedentes bem como, finalmente, a sua finalidade (interpretação histórica). Estes métodos pecam, segundo Hesse, pois interpretar é concretizar, de modo que a abstração destes elementos não geram a necessária conexão entre direito e realidade, o que impossibilita uma adequada solução do problema. Bobbio (1995, p. 87-88) comenta que a o positivismo Francês da escola da exegese avançou, no fim do século XIX, na interpretação conservadora fundada na vontade do legislador (subjativa) para a interpretação fundada na vontade da lei (objetiva) onde começou a considerar não só a dimensão histórica da emissão da lei, com base na intenção do legislador, mas uma interpretação que evoluísse junto com s mudanças das condições históricos-sociais. Para Friedrich Müller (2005, p. 65), o entendimento da doutrina dominante de que as interpretações gramatical, sistemática, teleológica e histórica teriam como objeto e resultado a “vontade objetivada” da própria norma, e de que o aspecto genético a partir dos materiais legais teria como objeto e resultado apenas a “vontade subjativa” do dador da norma, não pode ser sustentado para uma hermenêutica estruturante e concretizadora constitucional.

Ora isso é uma *crença interpretativista*²¹ infundada, afinal uma das críticas ao processo legislativo é exatamente a falta de um mínimo ético na sua condução e a ausência de uma racionalidade no seu resultado. Como sabemos, o processo legislativo é composto por fatores outros que a vontade do legislador, afinal para além do elemento racional, tem-se o emocional, o pragmático, o cultural, o étnico, o de interesses corporativos, o de grupos de pressão, o das circunstancias momentâneas, enfim, um sem número de elementos que seria impossível precisar todos eles²². O

²¹ A vontade do legislador como critério de interpretação fez surgir na ciência do direito constitucional norte-americana a corrente do interpretativismo e a do não-interpretativismo. Segundo Canotilho (1993, pp 197-198) apesar de não chegar ao literalismo, na corrente interpretativista o juiz deve se limitar a captar sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou que pelo menos estejam claramente implícitos. Diferentemente, os não-interpretativistas defendem uma maior autonomia do juiz ao interpretar a norma, com aplicação de “valores e princípios substantivos”– princípios da liberdade e da justiça. Assim, importa mais os valores, como a igualdade, a justiça e a liberdade demandados pela sociedade, do que a estrita vontade do legislador.

²² Tamanha é a evidencia dos muitos fatores reais que concorrem para a elaboração de uma norma que, mesmo com todos os disfarces, o cidadão mais simples e sem maiores conhecimentos consegue vislumbrar. No entanto, quando a norma é promulgada e passa a ter validade e eficácia, ela é coroada com o manto da suposta racionalidade, da qual se obtém sua validade objetiva. Mais uma vez a racionalidade presumida confere o poder fundamental para a validade do Direito. Além do aspecto racional, a vigilância do Estado, ao garantir a formulação da norma seja um processo racional, completa o circulo de monopólio jurídico estatal. Com isso, toda e qualquer esfera que não seja estatal não pode, independentemente do aval e subordinação ao Estado, produzir seu arsenal normativo. A

processo de formulação da norma jurídica é apresentado como um processo racional, em que argumentos e considerações previamente analisados são cotejados, meticulosamente, por um grupo de especialistas (nossos legisladores) para a obtenção da norma mais justa possível. Há o hábito de se usar o vocábulo “legislador” para mencionar os feitores da lei (WOLKMER, VERAS NETO, LIXA 2010, p. 67-68). A palavra ‘legislador’ revela-se de uma abstração tão grande como aquela associada aos deuses do Olimpo, com atribuição de inscrever normas, são representações deste mito na jurisprudência expressões como “na lei não existem palavras inúteis”²³. O vocábulo dificulta a compreensão do ‘legislador’ como homens e mulheres que representam interesse distintos. Por isso, uma análise um pouco mais acurada do problema mostra que não é exatamente assim que transcorre o processo de instauração de uma norma jurídica ou de outras normas, no processo legislativo são abordados muitos elementos que influenciam diretamente no resultado (ibidem).

Mauro Cappelletti (1999, p. 94-96), em semelhante crítica ao argumento democrático, refere que o este para refutar o “direito judiciário” está equivocado pois o mesmo parte da premissa utópica de que as lideranças legislativas e executivas compõe uma estrutura política, na qual grupos variados são desprovidos de vantagens e manobras entre vários centros de poder, assim como o judiciário não é destituído de representatividade popular. Quanto à decisão judicial, afirma o jurista autor italiano, que o essencial do processo democrático está no processo judicial, sendo este participativo e contraditório por excelência (ibidem p. 100), bem como o que foi decidido no contexto do “direito judiciário” pode ser muito bem reformado por uma corte ordinária ou constitucional, assim como inclusive por uma ato legislativo ao dispor da matéria (ibidem pp. 101). Portanto, eis a fragilidade da crítica à eventual criação de direito novo: a sustentação numa democracia sob uma perspectiva formal.

A crítica através do argumento democrático pode ser refutado com dois outros argumentos. O primeiro deles é definir “quem é o povo?” pois os críticos não tem isso muito claro nos seus ataques. Friedrich Müller (2007, p. 282), para sair desta abstração e do senso comum teórico, desenvolveu quatro noções científicas de povo: o *povo ativo* (todos os detentores de voto); o *povo como instância global de*

hegemonia da aparente racionalidade conferida Estado e a do próprio Estado como centro de poder e garantidor de legitimidade resultaram no que se denomina monismo jurídico, ou seja, somente tem validade as normas jurídicas emanadas do Estado. (WOLKMER, VERAS NETO, LIXA 2010, p. 67-68).

²³ REsp 421.946-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7/2/2006.

legitimação do Estado (isto é, todos os cidadãos), *povo como destinatário de todas as prestações Estado Democrático Social de Direito* (isto é, todos os seres humanos que se encontram sobre o território do Estado) e *povo como ator informal de uma democracia mundial*.

O segundo argumento é pautado na própria dificuldade em definir democracia. Por esta dificuldade que Konrad Hesse afirma que não há um conceito jurídico-constitucional ao qual são dadas interpretações tão diferentes como democracia (HESSE, 1998, p. 115). Em *sentido formal*, a democracia pode ser encarada em várias dimensões desenvolvida através de gerações históricas, onde deve possibilitar a “*produção de continuidade suprapessoal*”, “*racionalização do processo político*” e “*limitação do poder estatal*”. Num primeiro momento, logo após a revolução francesa, a democracia se resumiu na separação dos poderes (democracia-separação), mas depois, com surgimento da cidadania política, avançou para a democracia indireta (democracia-representação), seguindo com a democracia direta (democracia-presentação) e culminando com as formas de democracia participativa²⁴. Portanto, pressupondo a variação e a combinação destes modelos na conformação constituinte nos estados democráticos, em sentido formal haverá tantas quantas democracias conforme tantos estados democráticos existirão. Como toda forma é instrumental, a democracia, por não ser um fim si mesma, possui a finalidade de instrumentalizar algo. Este algo é o Estado de Direito. Se analisarmos, portanto, a *democracia substancial* – realização do estado de coisas que concretiza direitos fundamentais – se vê a verdadeira função do procedimento legislativo – exteriorização do processo democrático – que não é outro senão a realização dos direitos constitucionais.

Portanto, em que pese a validade do argumento democrático (formal) ele se sustenta quando, nos estados democráticos, o Poder Legislativo está prestando o seu papel normativo em efetivar os direitos de cidadania. No entanto, quando a democracia formal pela sua via ordinária se omite surge o dever de outro órgão, que não o seu o juízo natural a possibilidade de atuar na realização da cidadania servindo tal atitude como um *apelo ao legislador*. Acreditamos, assim, que quando o legislador

²⁴ A Constituição Federal de 1988 contempla além da democracia representativa (ou indireta) casos de democracia direta: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14). Prevê, também, de forma tópica a democracia participativa com a gestão do cidadão em colegiados com competência para conduzir políticas públicas nas mais variadas dimensões da cidadania, v.b.: art. 29, XII; art. 37, §3º; art. 89, VII; art. 187; art. 194, § único, VII; art. 198, §3º; art. 204, II; art. 206, VI; art. 216-A, §2º, II; art. 224.

democrático está processualmente inerte, sendo necessário um direito material realizador de direitos fundamentais, é plenamente legítima a atuação jurisdicional diante desta omissão inconstitucional na solução dos casos concretos²⁵.

A discussão, se cabe ao poder legislativo a realização dos direitos constitucionais ou ao poder judiciário, faz surgir uma divisão de correntes teóricas *procedimentalistas* e *substancialistas*, respectivamente. A principal crítica dos procedimentalistas está na impossibilidade de o Poder Judiciário se utilizar da técnica da ponderação de interesses para solucionar conflitos, pois o órgão jurisdicional realiza um juízo político próprio do legislador. Jürgen Habermas, um dos principais referenciais teóricos do *procedimentalismo*, é um expoente crítico da ponderação na solução de casos concretos, aduzindo que esta conduta gera uma legislação concorrente e que os direitos fundamentais levados à sério não caem numa análise de custos e vantagens da constituição, a qual deve manter não apenas o Estado de Direito, mas o Estado democrático de Direito (HABERMAS, 2012, pp 320-325). O principal argumento dos procedimentalistas está no fato de que o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a sua natureza democrática. Portanto, com base no princípio democrático, caberia ao povo, através do legislador, decidir questões controversas sobre moral, economia, política etc. (SARMENTO e SOUZA NETO, 2013, p. 222). Para Jürgen Habermas o que legitima a democracia não é o governo das majorias que se baseia na prevalência das posições majoritárias, mas o diálogo social entre os cidadãos no espaço público através de um processo reflexivo (SARMENTO e SOUZA NETO, 2013, p. 222). Para Habermas, o direito legítimo não é aquele que os cidadãos apenas são destinatários da normas, mas aquele que os cidadãos se enxergam como coautores do processo de formação normativa através do princípio do discurso (HABERMAS, 2012, p. 158-159). No entanto, afirma este autor, para a sua matriz procedimental funcionar corretamente

²⁵ Ainda merece destaque a posição de Maurice Hauriou que aduz que a democracia não pode ser um fator legitimador apenas no trato Estado-cidadão. Ela também é um elemento essencial nas relações privadas. Para este teórico francês toda instituição corporativa é de fato um poder organizado que se resume em dois princípios: separação de poderes e regime representativo. As separações das funções garantem a supremacia das competências sobre o poder de dominação em direção ao qual, sem essa precaução, os órgãos seriam levados (HAURIOU, 2009, p. 27). O regime representativo, por sua vez, responde a necessidade de que o poder de uma instituição corporativa atue em nome de seus integrantes e na busca de uma visão comum (2009, pp. 26-27). Portanto, ainda que sob uma sistematização superficial, alguns caracteres podem se perceber na teoria institucional de Hauriou como elementos vitais de organização, tais como, uma eficácia horizontal (entre particulares) da democracia, a separação dos poderes institucionais como fator de contenção da arbitrariedade, e na representatividade uma dimensão subjetiva (atuação em nome do corpo social) e uma dimensão objetiva (busca de uma visão comum corporativa) sistêmica.

necessita da efetivação de alguns direitos fundamentais, a saber: (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. Estes três direitos fundamentais nascem da aplicação do princípio do discurso e tornam os cidadãos destinatários da formação jurídica, a condição de autores do ordenamento surge com: (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. Este catálogo de direitos de participação encontra aplicação reflexiva na interpretação dos direitos de (1) a (4) e possibilita aos cidadãos modificar as condições materiais para, enfim, implicar: (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) até (4) (ibidem, p. 159-160). Este catálogo de direitos fundamentais são “clausula pétreas” do procedimentalismo habermasiano e a soberania popular não pode violá-los sob pena do controle legítimo da jurisdição constitucional, pois o Poder Judiciário é o guardião da democracia. Para Habermas, o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o Estado social interpretam a realização do direito de modo *demasiado concretista*, ocultando a relação interna existente entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso (HABERMAS, 2003, pp 181-182). O legislador, ao estabelecer suas políticas interpreta e estrutura direitos, ao passo que a *justiça* só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o *direito e a lei*, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. (ibidem, p. 183).

Em oposição aos procedimentalistas o *substancialismo* aceita um papel mais ativo da jurisdição na realização dos direitos fundamentais. É com base neste pensamento que surge o neoconstitucionalismo, a teoria da constituição dirigente, o ativismo judicial entre outras posições proativas diante da solução de casos concretos mormente nos *hard cases* (SARMENTO e SOUSA NETO, 2013, p. 220). A adoção de uma postura ou outra pode acontecer no mínimo em três momentos

constitucionais: na elaboração do texto constitucional, na hermenêutica e na precompreensão da função da jurisdição constitucional.

Pode-se citar, como exemplo decisões destas duas matrizes teóricas: o caso do aborto anencéfalo e os casos dos direitos sociais (previdenciários e assistenciais), enfrentados pelo STF na última década. Em relação ao caso do aborto de anencefalo julgado pelo STF na ADPF 54, onde por maioria a Corte criou o aborto eugênésico como mais uma hipótese de excludente de ilicitude, além dos já previstos “aborto necessário” e “aborto sentimental”, caracterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do Código Penal. Sem aprofundar a validade dos fundamentos adotados, descritivamente a Corte adotou majoritariamente uma posição substancialista enquanto que os ministros vencidos Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso adotaram uma postura procedimentalista. O voto do Min. Lewandowski, a exemplo, é uma paráfrase da teoria procedimental habermarsiana pois afirmou que o Supremo Tribunal Federal só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno através de uma intervenção mínima, sob pena de usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional, não lhe sendo lícito inovar no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Apesar de serem contrapostas as duas teorias não se excluem e podem fundamentar um Estado Democrático a depender do Estado de Direito que a cidadania se encontra. Pode-se argumentar que um Estado onde não se realiza uma *cidadania social existencial*, posições substancialistas são necessárias para realização de uma democracia substancial para garantir um mínimo de dignidade ao cidadão, ao povo, afinal este é, como já destacamos, o destinatário das prestações do Estado Democrático Social de Direito, bem como, avançando, de todos os seres humanos que se encontram sobre o território do Estado (MÜLLER, 2007, p. 282). Esta dignidade mínima, para que o *povo* se torne *cidadão*, é o fim da democracia discursiva de Habermas, como pode-se perceber no seu catálogo (5) de direitos fundamentais supra. Ou seja, uma ou outra proposição procedimental tem a mesma finalidade: realizar a cidadania (transformar povo em cidadão). Assim, enquanto a *cidadania social existencial* não se realiza através de *standards mínimos* de sobrevivência, o substancialismo é um imperativo de tutela democrático substancial. Não está descartado, dessa forma, a adoção posterior, após um amadurecimento reflexivo com

resultados materiais sociais satisfatórios, posições funcionais estatais mais procedimentalistas, desde que as condições existenciais mínimas estejam realizadas e, concluída estas condições existenciais, sempre deixando a *praxis* substancialista como um observatório hermenêutico subsidiário pronto para ser aplicado num eventual déficit de efetividade da *cidadania social existencial* afinal muitas vezes com o argumento da democracia busca-se resultados reacionários e a realização da dignidade da pessoa humana impõe uma evolução. Por último, cumpre destacar que a adoção destas práticas democráticas não são excludentes, elas podem coexistir como, por exemplo, adotar uma posição procedimentalista no direito previdenciário e uma condução substancial do direito a saúde ou ainda dentro do mesmo direito (por exemplo: condutas procedimentalistas na relação do custeio previdenciário mas substancialista na concessão de benefícios). O que importa, ao fim e ao cabo, é sempre a realização da cidadania existencial, se a ênfase para realização destes direitos é no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário é uma formalidade que não serve aos valores constitucionais, e neste sentido, acreditamos, o Estado de Direito deve ser conduzido.

2.4 Métodos de Trabalho Normativo

Destacados alguns horizontes passados do que é o direito e que ainda pertencem a tradição jurídica, mister destacar alguns métodos de trabalho normativo que ainda estão na fusão de horizontes dos intérpretes, ainda que implicitamente.

2.4.1 Método científico espiritual de Smend: a constituição como um processo de integração

Rudolf Smend surge no contexto da República de Weimar como um dos críticos às teorias formais e ideais da Constituição, inaugurando a inserção do elemento “dinâmica social”. Para Smend, a Constituição é um processo de integração de acordo com a dinâmica social (SARMENTO e SOUZA NETO, 2013, p. 190).

Para o *método interpretativo espiritual* de Smend a interpretação constitucional deve levar em conta a ordem ou sistema de valores subjacente à constituição, assim como o sentido e a realidade que esta possui como elemento do processo de integração comunitária. O recurso à ordem de valores obriga a uma

“captação espiritual” do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado).

Assim, a Constituição é vista como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição. Esses valores, contudo, estão sujeitos a flutuações, tornando a interpretação da Constituição fundamentalmente elástica e flexível, fazendo com que a força de decisões fundamentais submeta-se às vicissitudes da realidade cambiante (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 126).

Dessa forma, para o método científico-espiritual tanto o Direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização os três servem de *instrumento*. Entre tais valores, emerge a *integração* como fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à triste condição de peça — indiferenciada e sem relevo —, da gigantesca engrenagem social.

A adoção do método interpretativo espiritual permite se ter como parâmetro de controle um direito supra-positivo, possibilitando, então, a adoção da teoria das *normas constitucionais inconstitucionais* de Otto Bachoff, de 1951, que, para combater a ditadura da República Federal da Alemanha durante a segunda guerra, preconizou que *pode a constituição formal violar uma transcendente constituição material*, numa verdadeira exceção ao princípio da unidade (hierárquico-normativo) da Constituição, pois, segundo Bachof, não raras vezes inclui também a da invalidade de normas constitucionais por infração do direito *supralegal* (direito pré-estadual, supra-estatal, supra-positivo, direito natural) – mostram que a questão da possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais ou, de um modo geral, inválidas, e da sua apreciação, representa de fato um importante e atual problema jurídico-material (2014. p. 14). Apesar do próprio autor afirmar que este problema das normas constitucionais inconstitucionais se põe bem menos em períodos de uma vida constitucional normal do que em períodos de mudança de política radical (ibidem, p. 4) impõe-se reafirmar, uma vez mais, a *dignidade da pessoa humana* como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor

fundante de toda experiência ética e, caso isso não seja explícito no texto constitucional ou esteja sendo violado frontalmente, surge este método de trabalho como argumento dentro da tradição para afastar a violação dos direitos humanos muitas vezes autorizados pelo direito posto. Outro aspecto que cabe destacar é que esta proposição limita o poder constituinte originário mormente com base nos tratados internacionais de direitos humanos. Note-se que a teoria de Bachof sugere um *parâmetro de controle externo ao texto constitucional*, supralegal. O STF não aceita esta teoria quando o parâmetro de controle é intraconstitucional, como na hipótese de prevalência entre normas constitucionais originárias (ADI 4.097-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-10-08, DJE de 7-11-08)²⁶, no entanto aceita amplamente se a norma constitucional advém do Poder Constituinte derivado - que é uma das hipóteses de norma constitucional inconstitucional na teoria de Bachof (ibidem p. 52), como no caso da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, que autorizou a União a instituir o IPMF tendo como parâmetro de controle o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b e VI, da Constituição), como garantia individual do contribuinte e cláusula pétrea na ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-93, DJ de 18-3-94).

Seja como for, pode-se afirmar que parte da doutrina se manifesta na possibilidade de ponderar normas constitucionais originárias²⁷.

²⁶Ação direta de inconstitucionalidade. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. ADI 4.097-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-10-08, DJE de 7-11-08)

²⁷ A ponderação de direitos fundamentais tem forte tradição na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy com base na sua “lei de colisão” entre os princípios. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy trouxe a ponderação para a colisão entre princípios. Neste caso, para o autor, a solução não se resolve com a prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função de um deles, no caso concreto, recebe a precedência (SARMENTO e SOUZA NETO 2014. p. 93). Por esta perspectiva Sarmento e Souza Neto (ibidem, p. 526-527) estabelecem alguns parâmetros gerais para se ponderar internamente normas constitucionais: a) as regras constitucionais tem preferência sobre princípios; b) Há uma preferência *prima facie* das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que asseguram interesses e bens jurídicos distintos; c) dentro dos direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico. Esta prioridade pode também ser inferida do nosso sistema constitucional bem como de uma teoria moral que “leva a sério” o imperativo de promoção de justiça social, no cenário de uma sociedade profundamente desigual. Sarmento e Souza Neto (ibidem, p. 522) advogam inclusive a possibilidade de ponderação realizado por particular (uma *ponderação entre terceiros*, por falta de

O fundamento do *método científico espiritual* é integrar os elementos Direito, Constituição, Estado com base num valor supremo que, em última análise, é a dignidade da pessoa humana. Este procedimento espiritual de afirmação da dignidade da pessoa humana e encarar os elementos integradores tem forte valia na realização da cidadania. Ainda que a dignidade da pessoa humana seja texto expressa na Constituição, serve como fator hermenêutico reflexivo no sentido de que certos direitos existenciais não podem ser descartados, por pertencerem a uma constituição espiritual e fundamental do Estado que mais do que democrático, deve ser democrático substancial; e mais do que de Direito, deve ser de Direito efetivo.

2.4.2 O Método tópico de Viegh

O método tópico busca a solução mais razoável pra caso concreto em eventual detrimento do sistema jurídico. Ele não está preocupado com a única resposta correta, vindo na textura aberta das normas constitucionais a solução mais adequada para solucionar os problemas à frente do intérprete (SARMENTO e SOUZA NETO, 2014, p. 423).

Destaca Karl Larenz que o método interpretativo tópico se relaciona com o conceito de valor que deveria ser o esperado pelas partes, deslocando o foco da fundamentação jurídica para uma motivação que prima o problema em detrimento da norma, como metodologicamente trabalhou Theodor Viegh em sua obra “*Topik und Jurisprudenz*”. Neste sentido, Larenz destaca:

Colocada a questão de como seria susceptível de fundamentação a afirmação de que precisamente tal decisão seria no caso vertente a decisão “justa”, deparamos de novo com a questão de se os valores e o que é valioso são, em termos gerais, susceptível de reconhecimento em sentido racional. Igualmente, quando se sustente que é possível produzir algumas asserções fundamentadas sobre aquilo que são os ditames da “justiça”, se bem que dessas asserções se não induza qualquer caminho directo para o seu reconhecimento, aquilo que requer a justiça face a determinado caso consubstancia um juízo “justo”. Aqui surge a “tópica”, cuja pretensão de aplicabilidade à Jurisprudência foi levada a cabo por VIEHWEG ou, de um modo mais amplo, o procedimento de um discurso vinculado ao caso, o tratamento englobante dos problemas emergentes no caso com o objectivo de um consenso dos interlocutores, ou em termos gerais mais abstractos, a “aptidão de consenso” da solução proposta em conclusão. Em tal discurso

melhor expressão) como no caso de uma concessionária de energia eléctrica que determina ao seu empregado que realize de corte de energia em determinada residência e este verifica que o usuário depende de um respirador artificial e não realiza o “corte” ponderando – ainda que inconscientemente – o interesse económico da empresa e a vida do usuário.

são considerados relevantes os diversos pontos de vista (“topoi”) que se mostrem aptos a servir de argumentos pro ou contra a solução ponderada. De entre eles, o argumento sobre as conseqüências (“o que é que ocorreria se fosse adoptada esta ou aquela solução”) desempenha um papel de particular importância. (LARENZ, 1969, p. 170).

Segundo Viegh (2008, p. 34), com base no modo de pensar aporético de Aristoteles, a tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve proceder numa determinada situação, caso não se queira restar “*sem esperança*”. Apenas o caso concreto ocasiona de modo evidente tal jogo de *ponderação*, que vem sendo denominado de *tópica* ou *arte de criação* (idem, ibidem). O modo de pensar tópico é oposto de um pensar sistêmico, apesar de Viegh não negar as suas implicações. Portanto, para Viegh o problema e o sistema não são antagônicos²⁸, o sistema normativo não é descartado pois ele é mais um elemento do catálogo de *topoi*²⁹ para solucionar o caso concreto para a *tópica pura*³⁰.

Enquanto o modo de pensar sistêmico se organiza a partir do todo, o modo de pensar da tópica inverte e *foca no problema para solucionar o caso*. O intérprete parte de uma tópica descritiva (de primeiro grau, a *inventio*) para uma tópica prescritiva (de segundo grau, a *conclusio*) destacando que a função dos *topoi* sempre é solucionar o problema, e como tal uma compreensão não é imodificável pois deve ser o fio condutor do pensamento para resolver o caso (2008, p. 40).³¹

Para Viegh, o repertório de pontos de vista é flexível pois ele pode ser acrescentado e reduzido. Por isso que o pensamento tópico em si auxilia,

²⁹ São *topois* não normativos conhecidos na argumentação jurídica brasileira a reserva do possível, o interesse público, o bem comum muito utilizados para negar a cidadania. No entanto, como já destacamos no capítulo anterior, o STF se utilizou de um *topoi* não normativo que foi a “felicidade” para solucionar o caso concreto na STA 223-AgR e efetivar a dignidade da pessoa humana de um tetraplégico.

³⁰ Para Sarmento e Souza Neto (2014, p. 423) a tópica de Viegh é uma *tópica pura* pois no método concretista de Hesse e no método estruturante de Friedrich Müller devido aos temperos normativos há uma *tópica mitigada*. Por sua vez o método tópico não se confunde a “subsunção às avessas”

³¹ Para Viegh a tópica funciona da seguinte forma: *Naturalmente, se num problema há conflito em alguma parte, pode-se proceder, simplesmente, a se escolher livremente de modo tal a se aferir por meio de tentativas de pontos de vista mais ou menos ocasionais. Deste modo, busca-se premissas que sejam adequadas e proficuas no mérito que permitam as conseqüências idôneas e que apresentem alguma coisa esclarecedora. A observação evidencia que na vida diária quase sempre assim se procede. Também nestes casos uma análise ulterior, mais precisa, conduz a uma relativa orientação determinada por pontos de vista diretivos. Entretanto, eles não são explícitos. Em síntese, a esse procedimento se dá o nome de **tópica de primeiro grau**. A sua incerteza é evidente e se torna compreensível que se tenha de buscar um apoio, que de uma forma mais simples se tem num repertório de pontos de vista já disponíveis. Desta forma vem a ser formado o catálogo de *topoi*, e um procedimento que se serve de tais catálogos, e denomina-se **tópica de segundo grau**. (2008, p. 37, grifamos).*

precisamente em novas possibilidades de compreensão, levando a novas formas de interpretação. No entanto, nem toda interpretação gera isso, somente aquela que se utiliza de um procedimento dialético. Afinal “*as premissas fundamentais se legitimam, como se pode ver, pela aceitação do interlocutor do discurso*” pois “*É evidente que o debate é a única instância de controle e a discussão de problemas se mantém dentro daquela esfera do que Aristóteles chama de dialeticidade*” (ibidem, p. 44) e conclui o autor que o que se aspira são juízos efetivos e não a uma simples e arbitrária opinião.

Dessa forma, como destaca Hesse (1998, p. 63) e assim compartilhamos e aprofundaremos, há uma vinculação necessária entre (1) a interpretação da norma a ser concretizada, (2) a (pré)-compreensão do intérprete e (3) o problema concreto a ser solucionado demonstra que não existem métodos autônomos suficientes para uma hermenêutica adequada e reflexiva que não gire em torno no mínimo destes três elementos. A diferença é que no método da tópica de Viegh, aqui estudado, se tem uma *tópica pura* (HESSE, 1998, p. 63) ao passo que os métodos concretista de Hesse e estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, seriam uma *tópica mitigada* devido a ênfase no sistema normativo sem descartar o problema (SARMENTO e SOUZA NETO, 2014, p. 423). Seja como for, nenhum método interpretativo que queira concretizar a Constituição pode deixar de dispensar o problema a ser resolvido.

A tópica é uma tradição de grande influência na hermenêutica³² mas não escapou das críticas. Para Friedrich Müller, a tópica além de ter advinda do direito civil é altamente questionável no direito constitucional e mesmo para o direito privado ela viola o Estado de Direito, pois a solução do problema seria uma tarefa do legislador (2011, p. 69) sendo também violadora do Estado de Direito por considerar a lei democraticamente votada apenas somente um *topos* (MÜLLER, 2008, p. 272).

O STF tem se valido do art. 27 da Lei 9868/99³³ para *declarar a inconstitucionalidade de atos normativos sem pronunciar a nulidade* diante de

³² Paulo Bonavides destaca a influência da tópica na tradição alemã destacando que, partindo dela, outros teóricos tedescos desenvolveram métodos de trabalho próprios como, por exemplo, além de Hesse e Friedrich Müller, Peter *Häberle* com a sociedade aberta dos interpretes da constituição (BONAVIDES, 2013, p. 191). Outra derivação da tópica é o pluralismo jurídico de Boaventura de Souza Santos e de Antonio Carlos Wolkmer (WOLKMER, VERAS NETO, LIXA, 2010, p. 16).

³³ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. O NCPC no art. 927, § 3º, amplia a modulação dos efeitos nestes termos: “*Na hipótese de alteração de*

excepcional interesse social que, em última análise, é um *topoi* normatizado que diante da abertura da expressão abre espaço argumentativo para um catálogo de situações alheias ao ordenamento jurídico, como no caso da ADI 1.842 (DJE de 16-9-2013). Tratava-se, neste caso, de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos do Estado do Rio de Janeiro que instituíra a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiam a decisão sobre a prestação de serviço público de saneamento para um órgão colegiado não paritário composto entre os entes federativos envolvidos com manifesta violação a autonomia destes municípios. O STF decidiu que, em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, havia manifesto interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deveria reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado, com participação dos Municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente. Note-se que ocorreu uma inversão da pirâmide normativa onde prevaleceu a norma ordinária especial em detrimento da norma constitucional geral o que Bobbio (1997, p. 109) considera como uma *antinomia de segundo grau*³⁴ pois há conflito entre o critério hierárquico e o especial onde dois valores fundamentais do ordenamento jurídico estão em jogo: a hierarquia e a justiça.

Portanto, o fato é que há um consenso: tanto o sistema quanto o problema não são auto-referenciais. Uma decisão adequada ao caso concreto deve levar em

jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

³⁴ Para Bobbio a *antinomia jurídica* se dá quando duas normas incompatíveis, pertencente ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade são aplicáveis num caso concreto (1997, p. 88). Para este autor italiano “*o Direito não tolera antinomias*” (1997, p. 81), portanto, é uma situação que pertence a coerência do ordenamento e deve ser solucionado pelo Direito através de critérios. Dentro da sua teoria As antinomias podem ser reais ou aparentes. As antinomias aparentes são solucionadas por critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico. Os critérios para solucionar as antinomias aparentes de primeiro grau é o cronológico, hierárquico e especial. As antinomias de segundo grau é o conflito entre estes critérios é o mais importante para a interpretação constitucional é o que se dá entre a Constituição (norma superior mas geral) e a lei específica (norma inferior mas especial) onde o tribunal as vezes por critério de justiça declara a constitucionalidade sem pronunciar a nulidade fazendo, assim, a norma infraconstitucional prevalecer sobre a norma constitucional, fazendo critério da especialidade se sobrepor ao da hierarquia.

consideração a interpolação entre texto e realidade, entre sistema e ambiente³⁵. O primado que será dado vai depender do procedimento a ser adotado. Dessa forma, a grande contribuição da tópica está no fato, que levou ao limite, de que no trabalho do intérprete deve-se focar no problema a ser resolvido, no caso concreto. Ela ainda é de grande valia nos direitos de cidadania social, mormente os existenciais³⁶.

2.4.3 O Método Aberto Subjetivo de Peter Häberle

Dentro de uma tópica constitucional subjetiva, segundo Peter Häberle a teoria da interpretação constitucional tem concentrado seus esforços em dois pontos principais: (1) a questão acerca das tarefas e objetivos da interpretação, e (2) a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da interpretação e suas regras. No entanto, como dito, há um aspecto fundamental para o qual não se tem dado a devida importância: a questão relativa aos participantes da interpretação. Isto ocorre em razão do forte vínculo que a teoria da interpretação constitucional tem mantido com um modelo de sociedade fechada, conferindo especial destaque aos procedimentos formalizados e à interpretação constitucional realizada pelos magistrados. Contudo, por mais importante que seja a interpretação constitucional dos juízes, ela não é a única possível (HÄBERLE, 1997, *passim*).

O autor alemão justifica a importância de que o debate constitucional seja realizado através de um pluralismo subjetivo:

³⁵ Apesar da tópica primar pelo problema em detrimento do sistema, ela não chega a considerar a relação sistema jurídico e problema com uma relação alopoietica, onde a força normativa do fático faz desaparecer a fronteira entre sistema jurídico e ambiente social (NEVES, 2011, p. 148).

³⁶ Dentro da efetivação da cidadania social o catálogo utilizado pelo método tópico deve ser filtrado por aquilo que John Rawls considerou como *princípio das razões públicas* (2000, p. 261-306). Considerando que as sociedades democráticas são caracterizadas por uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas, e morais e em muitos casos, diante desta pluralidade de pré-compreensões de mundo, o embate de pontos de vista é inevitável e isso possui reflexo na interpretação. Em matéria de aborto um religioso vai ter uma visão diferente de uma feminista na questão do direito a vida, por exemplo. Portanto, em que pese a Bíblia para o religioso ser uma razão ela não é uma razão pública pois não é a razão dos cidadãos, daqueles que compartilham o status de da cidadania igual (ibidem). O STF na ADPF-54 deixou consignada esta posição no caso do aborto de anencéfalos: “*Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas’ (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.*”

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (HÄBERLE, 1997, p. 30)

Assim, com este *constitucionalismo popular*³⁷ Paulo Bonavides destaca que construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérprete da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e "publicização" ("verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit") (BONAVIDES, 2013, p. 525).

Com esta necessidade de impor a democracia não só na formação do texto mas como na concretização da norma, Häberle (1997, p. 20) elenca um catálogo provisório de intérpretes aberto da Constituição que inclui as funções estatais e não estatais³⁸. Dentro da dimensão horizontal de sua teoria (intérpretes não estatais) destaca-se o recurso constitucional para o tribunal onde autor e réu obrigam determinada corte a tomar uma posição interpretativa constitucional através de um diálogo jurídico. Ou seja, vai ser a compreensão constitucional do cidadão-parte que

³⁷ O método da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" tem forte afinidade com a teoria norte-americana do "*constitucionalismo popular*" na perspectiva de que a verdade constitucional não está no Poder Judiciário. Para os adeptos desta teoria a realização prática da Constituição deve ser realizada pelo povo e por seus representantes populares. Segundo Sarmento e Souza Neto "(...) é relevante a contribuição do constitucionalismo popular, no sentido de chamar a atenção para o fato de que a constituição não é apenas o que fazem os tribunais. Ela não pode ser compreendida como um documento técnico, a ser manejado apenas por juristas com alienação do povo do seu processo de concretização. Manipulado pelos tribunais (...) o judiciário é um agente importante na afirmação dos valores e princípios constitucionais, mas que não tem o monopólio nesta questão, nem mesmo o da "última palavra", devendo manter abertos os canais de diálogo com a sociedade civil e os demais poderes estatais. Os juízes são atores importantes no constitucionalismo democrático, mas o protagonista nesta história deve ser o próprio povo." (SARMENTO, SOUZA NETO, 2014, p. 230).

³⁸ Häberle inclui neste catálogo o *amicus curie*, instituto que o STF faz relação direta com a teoria da sociedade aberta de Peter Häberle como no decidido na ADI 4029/DF. No NCPC o *amicus curie* foi introduzido como uma das hipóteses de intervenção de terceiro (art. 138) e como instrumento reflexivo na mudança de tese jurídica de súmula ou julgamento de casos repetitivos (art. 927, § 2º).

irá concretizar o texto fundamental. Esta posição teórica traz para o debate constitucional a necessidade do controle difuso de constitucionalidade, mormente em sociedades plurais como a brasileira, democratizando e efetivando o que os cidadãos esperam na construção da sociedade através do texto constitucional.

Como se percebe além do apego popular da teoria de Häberle, ela traz a dialética como fator legitimador do Direito Constitucional. Aliás foi a ausência de um processo reflexivo a crítica de Habermas à teoria hermenêutica-filosófica de Gadamer como já demonstramos anteriormente.

2.4.4 O Método Estruturante de Friedrich de Müller

Friedrich Müller desenvolve uma teoria³⁹ e um complexo método de interpretação concretista da constituição onde elenca um catálogo de *topoi*, ainda que ele negue esta associação, como já demonstramos, estruturado numa pirâmide democraticamente hierarquizada. O foco principal de Müller é fornecer fundamentos para uma decisão democrática concretizadora da constituição, em diálogo com a realidade social.

Para Müller (p. 59, 2005), segundo a sua origem devemos distinguir dois grupos de elementos de concretização. O primeiro abrange os recursos do tratamento da norma no sentido tradicional, isto é, o tratamento do *texto da norma*. Esses recursos não se referem apenas aos textos das normas, mas também a formulação de não-normas em linguagem. Um segundo grupo não diz primacialmente respeito a interpretação de textos normativos ou não-normativos. Ele abrange os *passos de concretização*, por meio dos quais são aproveitados os pontos de vista com teores materiais, que resultam da análise do âmbito da *norma* da prescrição implementanda e da análise dos elementos do conjunto de *fatos* destacados como relevantes no processo de concretização por via de detalhamentos recíprocos.

Com base nesta estrutura conceitual Müller (ibidem, p. 59) estabelece um catálogo de *topoi* consubstanciado em:

1. Elementos metodológicos “*strictiore sensu*”: 1.1 Regras tradicionais da interpretação: interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica

³⁹ Aqui destacaremos o método estruturante do direito de Müller, para se aprofundar na sua teoria consultar: MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

(ibidem, p. 60); 1.2 Princípios da interpretação da constituição: sistema de direitos fundamentais, interpretação conforme a constituição, correção funcional (ibidem, p. 71); 1.3 Subcasos de regras tradicionais da interpretação: praticabilidade, interpretação a partir do nexo da história das ideias, critério de aferição do efeito integrante, princípio da unidade da constituição, quadro global de direito pré-constitucional, nexo de normas de direitos fundamentais e de normas de competência, concordância prática⁴⁰, força normativa da constituição (ibidem, p. 72). 1.4) Axiomatizabilidade do direito constitucional (ibidem, p.79)

2. Elementos da concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso: A ligação a ser feita com o trabalho sociológico no sentido amplo do termo, a utilização de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda, no processo da aplicação do direito, coloca-se primacialmente para os juristas como uma tarefa (ibidem, p.81). Exemplo: EIA-RIMA, pericia psico-social em matéria previdenciária⁴¹.

3. Elementos dogmáticos: enunciados da jurisprudência pertinente, da bibliografia formada por manuais doutrinários, comentários e monografias (ibidem, p. 83).

4. Elementos de técnica de solução: através da *inventio* “tópica” pontos de vista para soluções orientados segundo problemas, devem funcionar somente como fatores auxiliares (ibidem, p. 85).

5. Elementos de teoria: pré-compreensões de teoria do estado e teoria da constituição, tais como "positivismo" e "decisionismo", “normologismo” e "teoria da integração" (p. 87).

6. Elementos de política constitucional: O estilo de raciocínio da política

⁴⁰ Friedrich Müller (2011, p. 274) dentro da sua “teoria estruturante do direito” opta manifestamente pela concordância prática (Hesse) em detrimento da ponderação de normas (a exemplo Alexy) pois considera que a ideia de compensação conciliatória possível para ambas as partes fará jus a estrutura da norma, aos âmbitos normativos e ao objetivo da interpretação constitucional.

⁴¹ Exemplo deste elemento são os “estudos acadêmicos” utilizados no AgRg nos EDcl no REsp n. 1.094.873/SP (DJe: 17/08/2009 rel. Humberto Martins) no caso da queima da cana-de-açúcar conforme aprofundamos no capítulo anterior. Outro exemplo de uso “elementos da concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso” da teoria do Müller no STJ são decisões que consignam que para a concessão de aposentadoria por invalidez, na hipótese em que o laudo pericial tenha concluído pela incapacidade parcial para o trabalho, devem ser considerados, além dos elementos legais (art. 42 da Lei 8.213/1991), os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado. (AgRg no Ag 1.425.084-MG, Quinta Turma, DJe 23/4/2012; AgRg no AREsp 81.329-PR, Quinta Turma, DJe 1º/3/2012, e AgRg no Ag 1.420.849-PB, Sexta Turma, DJe 28/11/2011; AgRg no AREsp 283.029-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 9/4/2013). Como se percebe este elemento traz uma cognição para o julgador e cientista do direito que amplia os horizontes em relação ao caso concreto efetivando uma hermenêutica-reflexiva.

constitucional refere-se à ponderação das conseqüências, à consideração valorativa de conteúdos (p. 89)

Com este catálogo, ele desenvolve uma pirâmide dos elementos da concretização para se ter a decisão que valorize o Estado de Direito possível, caso haja um conflito interpretativo.

Na pirâmide hierárquica de Müller os *elementos metodológicos* '*strictiore sensu*' e do *âmbito da norma*, bem como uma parte dos *dogmáticos*, são diretamente referidos a normas e possuem prevalência. Os demais *dogmáticos*, os *elementos de teoria*, e de *técnica de solução* e de *política do direito e política constitucional* não são diretamente referidos as normas e, nessa medida, estão restritos a funções auxiliares na concretização. Uma análise mais precisa dos aspectos individuais, especialmente das interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e “teleológica”, bem como dos elementos do âmbito da norma, resulta em numerosas compreensões da estrutura do processo da implementação prática da norma, que vão além do positivismo legalista. No caso de resultados (parciais) contraditórios os elementos diretamente referidos a normas (elementos metodológicos e do âmbito da norma bem como uma parte dos aspectos dogmáticos) têm precedência sobre os componentes restantes do processo de concretização, não diretamente referidos a normas. Dentre os aspectos diretamente referidos às normas, os referentes às interpretações gramatical e sistemática, têm preferência em caso de conflito, por dizerem respeito à interpretação de textos de normas, ao passo que os procedimentos restantes dizem respeito aos textos de não-normas. A função limitadora do teor literal da prescrição concretizanda (e dos textos das normas de outras prescrições sistematicamente aduzidas), própria do Estado de Direito, vale também diante de resultados empíricos a partir do âmbito da norma. Por exemplo, as regras tradicionais da interpretação (1.1) prevalece sobre o método tópico (4) e o método espiritual integracionista (5).

Friedrich Müller nos traz um exemplo brasileiro como caso concreto (sem grifos no original):

Pode o presidente brasileiro recandidatar-se imediatamente após o término do seu mandato? O art. 82 da Constituição de 1988 (na redação da revisão EC-5/94) proíbe isso claramente de acordo com a **interpretação gramatical**. O **argumento histórico** — comparação com precursores de normas — confirma isso com base no texto de 1988 e das constituições anteriores. Como uma candidatura e uma reeleição para períodos de

mandato posteriores são lícitas, a proibição para o período imediatamente subsequente deve ser compreendida no seu sentido estrito (ponto de vista da sistemática interna); outras exceções ao próprio texto constitucional, por meio de extrapolação, estão excluídas — *argumentum e contrárium*. **Elemento genético**, i. é, de história da origem: durante a revisão de 1994 — no caso, do art. 82 da Constituição Brasileira com a redução do mandato de 5 a 4 anos — a possibilidade da reeleição direta foi discutida; mas a proposta de revisão nesse sentido acabou por não se impor. Isso também confirma os resultados obtidos até agora. Com isso se coaduna o fato de que estamos, no tocante ao art. 82 da Constituição Brasileira, diante de uma prescrição de forma num sentido mais amplo, de prazo: de um enunciado sobre o suporte fático numericamente determinado, expresso em anos e na sequência no tempo; tais textos de normas devem ser interpretados de modo especialmente estrito. Chega-se, outrossim, ao mesmo resultado a partir do fato de que se trata de uma questão de organização, da extensão do mandato de um órgão supremo do Estado e das condições quantificáveis da sua renovação — quer dizer, de um ‘hard case’ com rigorosa vinculação ao texto, que não pode ser questionado por nenhum “simbolismo” ou “nominalismo constitucional”. Além disso, um forte elemento externo ao sistema é providenciado pelo fato de que também a constituição de 1988 não prevê um controle parlamentar do governo por meio do voto de desconfiança ou de outra modalidade de destituição do cargo por procedimento eletivo [Abwahl]; pelo fato, portanto, de que a função limitadora do poder, própria do art. 82, deve ser fortalecida. Finalmente o fracasso bem recente de uma revisão desse ponto (1994) mostra que, em termos de **política constitucional**, essa foi a questão a ser decidida então; que, em outras palavras, uma retomada dessa questão representaria exatamente a configuração de uma emenda constitucional ad hoc na forma de uma (encoberta) lei feita para uma só pessoa. Nota bene: isso não é proibido, por isso trata-se, como já foi dito, apenas de um elemento de política constitucional. Opõem-se a isso outros argumentos de **política constitucional**: a possibilidade da reeleição imediata seria agora um “imperativo democrático” — embora tal imperativo não possa ser derivado das prescrições de democracia da constituição positiva; a democracia na versão dessa lei fundamental de 1988 é uma democracia com o art. 82 da Constituição Brasileira. Ou ainda: o impedimento do poder autoritário do cargo seria um anacronismo de política constitucional — embora o mencionado **argumento sistemático** da falta de controle parlamentar do governo contradiga essa tese. Ou ainda: a continuidade do trabalho exitoso do governo deveria ser assegurada. Ora, é justamente esse o objeto da discórdia — um argumento apenas de política do direito. Mas suponhamos por razões de clareza metodológica, como experimento mental, a existência de fatos de natureza econômica, social e de política exterior, que são amplamente reconhecidos por todos e indiciam um êxito incontestável do mandato em curso. Trata-se então de dados reais, mais especificamente de **dados reais do âmbito material** (do caso). Como já afirmei, eles devem agora ser duplamente mensurados com referência ao programa da norma: será que eles são relevantes para ele? Não, pois o art. 82 não abre nenhum espaço para tal fim, nem de forma interpretada. E será que esses dados reais são compatíveis com o programa da norma, que desenvolvi acima? Não, pois ele proíbe a reeleição imediatamente posterior ao término do mandato. Os argumentos e os contra-argumentos ensaiados resultaram apenas entre os argumentos de política constitucional; e estes são geralmente mais fracos do que os escorados no texto da norma, sobretudo mais fracos do que os gramaticais e os sistemáticos. Ao mesmo tempo resultou um exemplo da diferença entre âmbito material e âmbito da norma. **No Estado Democrático de Direito não existe nenhuma força normativa do fático — também não para uma concepção cientificamente inovadora. Só fatos relevantes para e fatos conformes ao programa da norma podem co-determinar o**

conteúdo da decisão. (idem, 2005, p.134).

É de inegável avanço a teoria e método de Friedrich Müller. Eles nos trazem um certo conforto através de uma postura holística interpretativa, contemplando no seu catálogo de elementos que partem do programa da norma⁴² e do âmbito da norma para evitar qualquer juízo arbitrário do intérprete, afastando com isso trações psicológicas que possam fraudar a fusão de horizontes e tornar o círculo hermenêutico uma dissimulação inconsciente. Esta foi a contribuição estrutural de Müller, conforme já destacamos, para a hermenêutica de Gadamer: estabelecer um catálogo para que a pré-compreensão afaste-se da arbitrariedade. Mas entendemos que no atual estágio da cidadania social existencial no Brasil ele nos serve até este ponto. A sua hierarquia, fundada no Estado Democrático de Direito é perfeita para um modelo democrático *procedimentalista*, conforme já explicamos. Diante das necessidades *substanciais* de direitos de cidadania e da omissão do “poder natural” (órgão legislativo) para concretizá-los, a atuação do Poder Judiciário em criar direitos não está afastada da contingente e necessária democracia substancial. Aliás, a maioria das teorias ou métodos apontados hoje pela doutrina, bem como por Friedrich Müller, como antidemocráticos, foram altamente necessários num determinado momento histórico, principalmente como instrumento teórico para a realização da dignidade da pessoa humana e da Justiça Social.

Portanto, acolhemos amplamente a dimensão descritiva da teoria estruturante, mas achamos insuficiente a prescrição de seu método no atual estágio substancialmente pobre da cidadania.

2.4.5 Método Hermenêutico-concretista de Konrad Hesse: a Constituição Normativa

Com o fim da II Guerra o constitucionalismo social, que já tinha surgido na Constituição do 1917 do México, se afirma no cenário Europeu. As novas constituições são democráticas, repletas de direitos individuais e com forte intervenção econômica do Estado na economia como instrumento da Justiça Social (SARMENTO, SOUZA NETO, p. 2013). Surge assim a necessidade de concretizar,

⁴² A importância em delimitar o âmbito da norma está no fato de impedir um conflito aparente de direitos fundamentais e assim evitar qualquer argumentação dentro da ponderação ou concordância prática. Isso pode ser exemplificado na impossibilidade de, a título de liberdade de expressão, empregar palavras que denigra nome de terceiros, pois não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria.

realizar esta constituição mormente o seu estado social. Dessa forma, comparece a força normativa da constituição⁴³ como elemento teórico de diálogo entre Constituição e realidade. Konrad Hesse e Friedrich Müller são dois grandes teóricos no segundo pós-guerra que se destacam nesta tentativa.

Hesse desenvolve a sua teoria ao combater a teoria constitucional sociológica de Lassalle, que propugnava que o que determina uma constituição são os fatores reais do poder e não a sua normatividade. A constituição escrita, que não correspondesse a estes fatores reais, eram meras folhas de papel e o texto sucumbiria diante das forças dominantes⁴⁴. Konrad Hesse ao defender a força normativa da Constituição, mais complementando a teoria sociológica de Lassalle do que a contrapondo, pois não nega a influência dos fatores reais de poder incluindo estes na realidade histórica, em síntese afirma que a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e:

Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição, resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen). [...] Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se

⁴³ Dar força normativa à Constituição Brasileira não significa apenas se deter à constituição formal (explícita ou implícita no texto) pois a própria CF de 1988 possui uma cláusula de abertura material no art. 5º, § 2º, para dar força normativa ao regime e princípios por ela adotados bem como os tratados normativos de direitos humanos, bem como a cláusula de inserção formal no respectivo § 3º. Neste ponto tem vital importância a abordagem do princípio internacional *pro homini* destacado por Mazzuoli, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, onde deve-se aplicar no caso concreto a norma de direitos humanos mais benéfica ao indivíduo sem levar em consideração a hierarquia formal das normas (2010, p. 109-110) mas levando em consideração uma hierarquia material de valores, afinal aplicando lei ordinária (quando mais benéfica) em detrimento de um tratado de direitos humanos não deixa de respeitar o princípio da hierarquia material e não meramente formal. Portanto, no que diz respeito a este ponto deve ser ter em conta a *força normativa material dos direitos humanos*.

⁴⁴ Esta expressão “fatores reais de poder”, advém de uma conferência produzida por Lassalle em 16 de abril de 1862. Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição - a Constituição jurídica - não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (em Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país. Esta correlação de efetividade da Constituição e a historicidade é estrutural para não deixar a Constituição uma mera folha de papel (HESSE, 1991, p. 9).

baseia na natureza singular do presente (individuei lle Beschaffenheit der Gegenwart). Esses limites, não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela ideia de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. (HESSE, 2009. p. 123-146).⁴⁵

Hesse não nega a força que tem os poderes dominantes sobre a Constituição, a efetividade da Constituição depende, segundo ele, de inclusive do alto nível de desenvolvimento espiritual, social, econômico e político (2009, p. 12) fatores externos ao texto, portanto. No entanto ela possui normatividade fora dessas forças através da interpretação constitucional, através do elemento normativo. Para Hesse no procedimento de concretização da constituição das normas constitucionais, como já destacamos, há vinculação necessária entre (1) a interpretação da norma a ser concretizada, (2) a (pré)-compreensão do intérprete e (3) o problema concreto a ser solucionado demonstrando que não existem métodos autônomos suficientes para uma hermenêutica adequada e reflexiva que não gire em torno no mínimo destes três elementos. Ou seja, apenas o programa da norma não é suficiente, mas o problema dos pontos de vistas do âmbito da norma e como dirigente para valorar os pontos de vistas é função dos princípios da interpretação constitucional. Para Hesse, os pressupostos de existência da concretização da Constituição são o objeto da

⁴⁵ Eros Grau, em semelhante abordagem, aponta no sentido de encontrar o fundamento do direito posto (direito positivo) na sociedade que historicamente o pressupõe, e que é no direito pressuposto que se encontra os princípios gerais de um determinado direito dessa sociedade. A sociedade produz o direito pressuposto; o Estado o direito posto, apenas o direito produzido pela sociedade é comprometido com a justiça. Enfatiza Eros Grau (apud Maffini, 2006, p. 117) que os princípios jurídicos de uma determinada sociedade são, em verdade, resgatados – e não criados – do direito pressuposto, porquanto preexistem à sua própria percepção. Já o direito posto (direito positivo), enquanto positividade de normas, apresenta-se adstrito ao próprio direito pressuposto, sendo, portanto, limitado. Demais disso, depreende-se da construção teórica proposta por Eros Grau que, uma vez posto o direito, esse culminará numa circunstância de transformação do próprio direito pressuposto, numa relação virtuosamente circular. Nas palavras do autor, tais ideias são sumarizadas do seguinte modo: o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto (ibidem).

interpretação, a Constituição e o respectivo problema (HESSE, 1998, p. 63). Dessa forma, é visível, e confessada, a influência na teoria de Hesse da hermenêutica filosófica de Gadamer, a tópica Viegh⁴⁶ e a estrutura da normatividade de Friedrich Müller⁴⁷, como já vimos.

Portanto, para coordenar os pontos de vista necessários ao processo de concretização do programa normativo, Hesse (1998, pp 65-68) oferece um catálogo de princípios da interpretação constitucional, a saber:

a) *Princípio da unidade da Constituição*: todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. Este princípio em tese afasta o método integracionista de Rudolf Smend, conforme já vimos.

b) *Princípio da concordância prática*: os bens jurídicos protegidos constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade, em detrimento de uma ponderação de bens precipitada. Segundo Hesse, onde nascem colisões não se deve, em ponderação de bens precipitada ou até em ponderação de valores abstrata, um direito realizado à custa do outro (Idem, 1998, p. 66) que pode gerar o perigo de abandonar a unidade da Constituição. Portanto, como já apontado no método de Friedrich Müller, a concordância prática exclui a técnica da ponderação (Alexy) devido ao maior nível democrático daquela.

c) *Princípio da exatidão funcional*: vinculado em especial à relação entre legislador e tribunal constitucional pois a este cabe a função controladora daquele sendo vedado uma interpretação do tribunal que limite a liberdade de conformação do legislativo. Um exemplo de aplicação do princípio interpretativo da exatidão funcional de Hesse é a sumula 339 do STF (“*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.*”) onde deixa claro que a função do Poder Judiciário quando o fundamento for isonomia é de legislador negativo nos termos do que preconiza

⁴⁶ Como já destacamos a tópica de Viegh é uma *tópica pura* pois no método concretista de Hesse e no método estruturante de Friedrich Müller, como já vimos, devido aos temperos normativos há uma *tópica mitigada* (Sarmiento e Souza Neto, 2014, p. 423).

⁴⁷ Friedrich Müller apesar de ter sido professor assistente de Konrad Hesse na Universidade de Friburg na Alemanha, desenvolveu a sua teoria estruturante antes da teoria concretista de Hesse. Segundo Müller (2008, p. 269) Hesse foi o primeiro cientista conhecido e renomado a reproduzir as suas posições no livro “*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*” as quais conhecia pelos manuscritos de Müller.

Kelsen para a jurisdição constitucional. Os precedentes que deram origem a esta súmula, que são da década de 1960, tratavam de pedido de determinada classe ou categoria que se achava injustificada por não ser contemplada na lei determinados benefícios concedidos a outra categoria. No mesmo sentido já decidiu o STJ⁴⁸ que não é possível ao Poder Judiciário estender benefício de isenção fiscal a categoria não abrangida por regra isentiva na hipótese de alegação de existência de situação discriminatória e ofensa ao princípio da isonomia, pois, segundo a fundamentação neste julgado, a concessão de isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, não sendo possível ao Poder Judiciário, sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia, reconhecer situação discriminatória de categorias não abrangidas pela regra isentiva e estender, por via transversa, benefício fiscal sem que haja previsão legal específica. Este entendimento incorporado a tradição jurisprudencial brasileira impede aquilo que Canotilho (1993, p. 1.077), com base na doutrina e jurisprudência italianas, denominou na jurisdição constitucional de *declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo)* ou *substitutivo*, em que o Tribunal: (1) alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na “parte em que não prevê” certas situações que deveria prever (*sentenças aditivas*); (2) declara a inconstitucionalidade de uma norma enquanto, na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra (*sentença substitutiva*)⁴⁹.

d) *Princípio do efeito integrador*: serve para valorizar os pontos de vistas que desenvolva uma das tarefas da constituição que é conservar unidade política da

⁴⁸ AgRg no AREsp 248.264-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012.

⁴⁹ Um exemplo de sentença aditiva no STF está na interpretação dada ao caput do art. 5º da CF que textualmente garante os direitos individuais a estrangeiros mas desde que residentes no País a extensão do habeas corpus a não residentes: “(...) o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado” (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008). Seja nas decisões como “legislador negativo”, “aditivas” ou “substitutivas” dentro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro estas decisões só podem ser pronunciadas por juízes de primeiro grau e não pode ser proferida por órgão fracionário de tribunal, somente pelo plenário ou órgão especial deste nos termos do art. 97 da CF (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”) ainda que implicitamente nos termos da Súmula Vinculante 10 do STF (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”) sumula vinculante esta que também é um exemplo de do princípio da correção funcional.

sociedade plural. Segundo Hesse, além da integração – onde a Constituição acaba sendo o ordenamento jurídico do processo de integração Estatal, tarefa que o método integracionista de Smend encarregava a supralegalidade - são tarefas fundamentais da Constituição, interdependentes entre si, a organização, pois não basta a Constituição conservar a unidade política através uma normatização mas deve arquitetar as funções do Estado para o cumprimento das suas tarefas - e a decisão jurídica – este ordenamento jurídico deve ser moralmente reto, legítimo (Hesse, 2009, pp 4-7).

e) Princípio da força normativa da constituição: na resolução de problemas jurídicos-constitucionais deve ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da constituição força de efeito ótima. Este princípio na dogmática de Hesse, está inserido no seu método e é a base de toda a sua teoria.

f) Princípio da interpretação conforme constituição: apesar de não ter como pressuposto uma jurisdição constitucional, mas tem ganhado relevante destaque na prática constitucional. Segundo Canotilho (1993, p. 1.137) o princípio da interpretação conforme tem sido interpretado no sentido do favor legis, no plano do direito interno, e do favor *conventionis*, no plano do direito internacional consequentemente, uma lei ou um tratado só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a constituição. Portanto, dar interpretação conforme de uma lei a constituição é reduzir o programa normativo legal às hipóteses constitucionais. Assim, percebe-se claramente que a interpretação conforme possui uma eficácia declaratória (a interpretação conforme a constituição) e uma eficácia desconstitutiva (as demais interpretações). Diante disso surge um problema processual. O resultado da interpretação conforme em controle de constitucionalidade pode ser improcedente se vista pela eficácia positiva (a norma é constitucional no sentido “A”) ou procedente em parte se vista pela eficácia negativa (a norma é inconstitucional nos demais sentidos).⁵⁰

⁵⁰ Esta questão sobre a (im)procedência da ação direta quando advinda da interpretação conforme a constituição foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, gerou inclusive uma virada jurisprudencial na Corte a partir da decisão de mérito proferida na ADI 581-DF da relatoria do ministro Marco Aurélio, por sugestão do Ministro Moreira Alves. Do voto deste ministro destaca-se a seguinte e elucidativa passagem: “*Sr. Presidente, proponho ao Tribunal que se altere a orientação que se tem seguido até o presente, e, em casos como este, se julgue procedente, em parte, a ação. Essa nova orientação, além de ser mais exata, pois, quando só admitimos como constitucional uma das interpretações possíveis de lei impugnada, estamos, na realidade, declarando a inconstitucionalidade das demais, tem a vantagem de chamar a atenção para a circunstância de que apenas se admite constitucional a interpretação que impede a procedência total da ação direta da inconstitucionalidade.*”

O método concretista de Hesse, com origem no constitucionalismo social do segundo pós guerra, busca construir uma constituição normativa que é aquela que serve a realidade social. O seu foco é evitar que a mera inserção de direitos de cidadania no texto fundamental se torne uma excludente da ilicitude de concretizá-los evitando que a constituição se torne uma constituição simbólica na terminologia de Marcelo Neves⁵¹ o que é, obviamente, altamente nocivo à cidadania.

2.5. Limites da Criação Judicial do Direito

Como se demonstrou é de difícil definição uma fronteira segura quando se está interpretando o texto normativo ou quando se está criando direito novo a partir deste texto. Acreditamos que teoricamente o texto normativo devido a textura aberta (Hart) gera uma moldura (Kelsen) de aplicabilidade baseadas nas escolhas pré-compreensivas do interprete processo este que se dá de forma ontológica e

Nesse sentido, aliás, conduz-se a Corte Constitucional alemã quando se utiliza da técnica da interpretação conforme a Constituição, declarando a parcial inconstitucionalidade da lei sem redução de seu texto. E é de observar-se, ainda, que já adotamos essa solução em se tratando de liminar, parecendo-me ser chegado o momento de a adotarmos também na decisão final.” (ADI 581, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12-8-92, DJ de 6-11-92).

⁵¹ Marcelo Neves (fazendo uma releitura da classificação ontológica das constituições de Karl Loewenstein entre constituições nominais, semânticas e normativas) traz a tripartição entre constituições nominalistas, instrumentais e normativas. A constituição normativa possui como característica um mecanismo generalizado de filtragem da influência do poder político sobre o jurídico, constituindo-se em mecanismo reflexivo do direito positivo. Nas constituições nominalistas, apesar da dimensão positiva de um caráter educativo e prospectivo, ocorre um bloqueio do seu processo concretizador de tal maneira que o texto constitucional perde relevância normativo-jurídica diante das relações de poder, faltam pressupostos sociais para a realização de uma possível concretização e muitas vezes serve de apenas de alibi elaborando uma constitucionalização simbólica apenas para atender as reivindicações sócias mas sem a intenção de concretiza-las. Por sua vez as constituições instrumentalistas (semelhante às semânticas de Loewenstein), ao contrário das nominalistas, servem ao processo de poder autoritário ou totalitário e, em oposição às normativas, não possui nenhuma possibilidade normativa de reação textual a este poder repressivo (NEVES, 2011, pp 105-110). Como se vê, a percepção de uma constituição instrumentalista é mais latente devido ao fato de sua característica estar no próprio texto e não na relação da vivencia dos participantes do jogo constitucional. Para Luis Roberto Barroso (2003, p 65), se utilizando da terminologia de Loewenstein, aduz que na historia constitucional brasileira “Na República, foram nominais as Constituições de 1891, 1934 e 1946. As Cartas de 1937, 1967 e 1969 foram semânticas. Já percorremos os ciclos do atraso. Com um salto para a contemporaneidade, é de esperar que se possa consolidar, agora, uma Constituição normativa, não apenas válida e vigente, na sua roupagem formal, mas real e efetiva, harmonizada com a História”. Um estudo pioneiro sobre a efemeridade das normas constitucionais brasileiras pode ser encontrado na dissertação de mestrado do professor Péricles Gonçalves (in: GONÇALVES, Péricles Antonio Fernandes. **A efemeridade das leis constitucionais brasileiras**. 1981. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis. 1981). Note-se que este diálogo da realidade social com o texto constitucional como pressuposto de efetividade é um dos fundamentos filosóficos do pluralismo jurídico de matriz wolkmeriana ao negar um direito eurocêntrico como paradigma para a América Latina por ser este desconexo com a realidade deste continente.

inconsciente. No entanto, por óbvio, estas escolhas ainda que ensejem alguma criação de direito novo, a depender do referencial teórico e das devidas filtragens reflexivas e metodológicas, possui limites.

Dessa forma, a atividade criativa do juiz possui limites formais - devido processo legal - bem como materiais - a tradição jurídica de uma sociedade (CAPPELLETI, 1999, p. 23-24).

2.5.1. Limites Materiais

Como limite material a criação judicial de direitos está a tradição jurídica da sociedade.

A tradição que aqui nos referimos é a tradição no conceito que Gadamer nos trouxe e que já descrevemos no capítulo anterior, no entanto aqui especificada para se chegar numa *tradição jurídica* composta pela ciência do direito e pela jurisprudência focadas no avanço da cidadania.

Já afirmamos, no capítulo anterior, com base em Friedrich Müller, que há uma *pré-compreensão genérica*, que veicula coletiva e psicologicamente o projeto fundamental de mundo, e uma *pré-compreensão jurídica* ou referida ao direito.

Portanto, é possível fazer um corte jurídico à hermenêutica filosófica de Gadamer realizando releituras dos seus conceitos. A compreensão jurídica dos textos se torna legítima quando a pré-compreensão (jurídica) do intérprete não é arbitrária, o intérprete não pode manipular os preconceitos jurídicos para extrair da norma o sentido que lhe aprouver. Temos que horizonte jurídico, portanto, é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível juridicamente a partir de um determinado ponto do caso concreto posto em juízo. Os preconceitos jurídicos – horizonte presente jurídico – e a tradição jurídica - horizonte passado jurídico, que está sempre em movimento devido a evolução da ciência do direito – do intérprete se fundem para um resultado jurídico.

Este limite material de atuação do órgão jurisdicional já estava presente no *Movimento para o Direito Livre*, como já destacamos. No entanto o que neste movimento é a regra aqui trazemos como exceção diante de uma necessidade democrática substancialista e legitimada por um devido processo justo.

Portanto, se faz necessário que o órgão jurisdicional dialogue com as partes interessados no resultado da causa para que os preconceitos jurídicos do julgador

sejam filtrados e concretize a participação dos sujeitos processuais para uma melhor reflexão e efetivação de uma tradição jurídica não arbitrária, tudo isso muito bem demonstrado na justificação judicial.

Dessa forma, deve o órgão jurisdicional efetivar o contraditório e motivar a sua decisão para que haja controle do seu limite material. Este controle é concretizado através do limite formal a criação judicial do direito que é o devido processo legal.

2.5.2. Limites Formais

Quanto ao limite formal à criação judicial do direito se tem o devido processo legal, o seu conteúdo e sua conformação no processo. Tem-se por devido processo legal os direitos constitucionais processuais fundamentais, o conteúdo processual da constituição federal. O devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) é, portanto, um conjunto de garantias interdependentes de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. Derivam do devido processo legal formal outras garantias materiais tais como a imparcialidade do órgão jurisdicional⁵², do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV)⁵³, da isonomia (art. 5º, I)⁵⁴, do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LV), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV)⁵⁵, da proibição da prova ilícita (art. 5º, XII e LVI), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), do duplo grau de jurisdição⁵⁶, da motivação das decisões

⁵² A norma imparcialidade não é explícita na Constituição Federal, no entanto encontra-se expresso no art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem: "Todo homem tem direito, a plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Prevalece no STF a tese do status de supralegalidade da referida Declaração (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-08, Plenário) inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP em caso que tratava da prisão civil de depositário infiel. A imparcialidade também está implícita internamente na Constituição de 1988 nas denominadas garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).

⁵³ O contraditório pode excepcionalmente ceder temporalmente diante de uma tutela de urgência sendo concedido de forma diferida como por exemplo na concessão de medicamentos ou internações urgentes. No entanto, fora destas exceções ele deve ser prévio a qualquer decisão jurisdicional. O NCPC no art. 7º prevê que o órgão jurisdicional deve efetivar o contraditório efetivo mesmo para questões de ordem pública (NCPC, art. 10º).

⁵⁴ O NCPC prevê textualmente no art. 7º que "*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*"

⁵⁵ Texto reproduzido no art. 3º do NCPC.

⁵⁶ Para Marinoni e Arenhart o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, não sendo inconstitucional o legislador determinar algumas hipóteses irrecorríveis; por força dele não pode ocorrer supressão de instância, com exceção do efeito translativo e algumas hipótese legais (art. 515 §§

judiciais (art. 93, IX)⁵⁷, da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004)⁵⁸.

Com esta “Constituição Processual” todas as demais normas infraconstitucionais devem ser aplicadas em conformidade com este estatuto

1º e 2º, art. 34 da lei 6830/80). Para o STF, como a Constituição Federal revela cabível o recurso extraordinário contra decisão de última ou única instância (art. 102, III), o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional (AI 209.954-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-9-98, DJ de 4-12-98; no mesmo sentido: AI 210.048-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-9-98, DJ de 4-12-98). Seria melhor, segundo Marinoni e Arenhart (2006, p. 505), chamar de *duplo juízo sobre o mérito* pois a legislação pátria por razões de celeridade desconstruiu a ideia da revisão tão-somente por um órgão de grau superior (por ex.: embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei 6.830/80-Lei da Execução Fiscal) ou por juízes do mesmo grau de jurisdição daquele que proferiu a sentença (recurso para a Turma Recursal; art. 41, § 1º, da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais), pois há casos em que a sentença impugnada poderia ser revista pelo mesmo juiz que proferiu a decisão impugnada. Portanto, nessa linha, o denominado duplo grau de jurisdição poderia ser melhor redefinido como um *duplo juízo sobre o mérito*.

⁵⁷ Em que pese a motivação das decisões judiciais não estar no art. 5º da CF a mesma é um direito fundamental, pois o catálogo de direitos individuais não se encontra apenas materialmente neste artigo como já afirmou o STF na ADI 939 ao decidir neste julgamento que o princípio da anterioridade tributária serviu de parâmetro de controle de emenda constitucional que instituiu tributo. Outro argumento que favorece a fundamentalidade constitucional da motivação das decisões judiciais está na sua multifuncionalidade. Segundo Michele Taruffo (apud PORTO e USTARROZ, 2009, pp 67-68) a justiça de uma decisão pode ser medida a partir de três balizas: (1) pela forma através da qual os fatos são apercebidos pelo processo judicial (avaliação das provas); (2) pela avaliação judicial do melhor direito a ser interpretado e aplicado ao caso concreto (hermenêutica) e (3) pelo caminho percorrido para que a decisão seja tomada, e a possibilidade que as partes tenham tido de influenciar o convencimento judicial (garantias constitucionais ou *procedural justice*). A motivação das decisões judiciais foi inserida infraconstitucionalmente no NCPC como norma fundamental do processo civil no art. 11º e especificada, como elemento da sentença, da decisão interlocutória ou acórdão, no §1º do art. 489 as hipóteses onde não se considera fundamentada qualquer decisão judicial a que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁵⁸ Direito garantido também no NCPC. O problema que pode ser posto, no entanto, é o de saber se os novos direitos fundamentais criados serão também eles cláusulas pétreas. Como referidas cláusulas se fundam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma, “*não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo. Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente*”. (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 259-260). Porém, alertam os autores que “*É possível que uma emenda à Constituição acrescente dispositivos ao catálogo dos direitos fundamentais sem que, na realidade, esteja criando direitos novos. A emenda pode estar apenas especificando direitos já concebidos pelo constituinte originário. O direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicitado. Nesse caso, a cláusula pétrea já o abrangia, ainda que implicitamente. É o que se deu, por exemplo, com o direito à prestação jurisdicional célere somado, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004- Esse direito já existia, como elemento necessário do direito de acesso à Justiça — que há de ser ágil para ser efetiva — e do princípio do devido processo legal, ambos assentados pelo constituinte originário.*” Ou seja, a duração razoável do processo já era uma cláusula pétrea implícita que com a emenda constitucional que lhe inseriu se tornou textual.

fundamental. Sem dúvida que o órgão jurisdicional deve respeitar determinadas formalidades sob pena de nulidade da sua decisão. No entanto, não se deve se apegar a um formalismo excessivo⁵⁹, mas sim num *formalismo valorativo*⁶⁰ que, como afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, atua de um lado como *garantia de liberdade do cidadão* em face do eventual arbítrio dos órgãos exercentes do poder do Estado, e de outro como *anteparo aos excessos de uma parte em relação a outra*, vale dizer, buscando o equilíbrio formal entre os contendores, servindo, ademais, como fator organizador para emprestar maior efetividade ao instrumento processual (OLIVEIRA, 2010, p. 285).

Portanto, com esta dobrada leitura formal-valorativa do processo o juiz tem o seu papel redimensionado, viabilizando no procedimento a cooperação, assumindo uma dupla posição: mostra-se *paritário na condução do processo*, no diálogo processual, sendo, contudo, *assimétrico no quando da decisão da causa* (MITIDIERO, 2009, p. 102). Assim, o processo civil é dominado pelos valores constitucionais e pela consciência de que é um instrumento ético, onde a relação entre o direito material e o processo civil deixa de ter como único ponto de encontro o instituto da ação e passa a dominar o processo em toda a sua extensão. (MITIDIERO, 2005, p. 70).

Dessa forma o processo, conforme destaca Mitidiero (2005, p. 144), deve ser encarado como um *procedimento em contraditório* pois assim surge como condição de existência no processo a sua *perspectiva jurídica* (a relação jurídica procedimental) e a *perspectiva política* com ênfase no contraditório como garantia democrática de participação dos sujeitos na (con)formação da decisão judicial.

⁵⁹ Como exemplo de formalismo excessivo está a exigência do cidadão no processo que nomine de forma dogmática a tutela jurisdicional pretendida sob pena de indeferimento formal do pedido de tutela jurisdicional. Dentro da leitura do processo na perspectiva do formalismo-valorativo o órgão jurisdicional ao interpretar o pedido da parte deve se ater de que nome da forma da tutela é secundário se a causa de pedir estiver suficientemente clara para se extrair o que realmente se pretende. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, 143) destaca que se o cidadão pede a declaração de uma responsabilidade depois de narrar um acidente de trânsito o que pretende é uma condenação, se pede condenação para um cumprimento de fazer o que quer é uma tutela mandamental do art. 461, a condenação para entrega de coisa consiste numa tutela executiva lato sensu do art. 461-A etc. Isso não viola o art. 293, apenas se está dando realmente o que é querido pelo demandante e não dando mais ou menos ou coisa diversa da pedida, entendimento ao contrário seria se render a um formalismo excessivo e não fazer justiça valendo-se da rede dos direitos fundamentais.

⁶⁰ São exemplos de formalismo-valorativo decisões do STJ onde a singeleza da petição inicial não deve ser causa de indeferimento da exordial bem como de concessões de tutela antecipada de ofício. Outros exemplos no são as concessões de benefício previdenciário diverso do pedido desde que preenchido os requisitos legais sem que isso torne a sentença *ultra petita* ou *extra petita* (exemplo no AgRg no REsp 1.367.825-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18/4/2013, Segunda Turma)

Em resumo, este é o ambiente processual do limite formal da criação judicial do direito dentro desta leitura constitucional do processo que propomos o qual deve ser encarado, conforme destaca Daniel Francisco Mitidiero (2005, p. 145), a partir da perspectiva do *formalismo-valorativo*, como um *procedimento em contraditório*, jungido aos valores constitucionais e devidamente demarcado pelas garantias processuais mínimas que configuram o *devido processo legal* (art. 5º, LIV); visa a produção do justo, sua indelével e irrenunciável vocação constitucional, com o que também no domínio do processo e através dele se estará a *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, CRFB) fundada na *cidadania e na dignidade da pessoa humana* (art. 1º, II e III, CRFB).

CAPÍTULO 3 – DA CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL

3.1 O ESTADO DE DIREITO SOCIAL BRASILEIRO

Falar de Estado⁶¹ é falar de Constituição (pois não existe Estado fora de uma ordem constitucional), e falar de constituição é falar do seu conteúdo material principal: os direitos *fundamentais*⁶². Portanto, é íntima a relação entre direitos do homem e Estado. Segundo Anderson Lobato (1998, p. 2), a constitucionalização dos direitos do homem acompanhou a mudança de concepção de Estado de direito. A passagem do Estado liberal individualista, com base na visão de mundo do homem, para um Estado Social⁶³ de bem estar faz surgir o reconhecimento de direitos fundamentais não mais apenas de liberdade mas também sociais para corrigir a desigualdade econômica e social gerado pela visão liberal-individualista. São fenômenos, portanto, paralelos: o modelo de Estado e o catálogo de direitos do homem nas constituições. Os direitos fundamentais conformam o Estado e

⁶¹ Há forte dissenso doutrinário sobre a concepção de Estado. Segundo Paulo Bonavides (1994, pp. 61-66) as concepções de Estado dentro da *acepção filosófica*, com base em Hegel, definiu o Estado como a *realidade da ideia moral, a substância ética consciente de si mesma, a manifestação visível da divindade*, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Idéia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepára tão-somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia. Dentro da *acepção jurídica* de Kant o Estado é *a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito*. Para a *acepção sociológica* (Oswaldo Spengler, Oppenheimer, Duguit e outros) o conceito de Estado toma coloração marcadamente sociológica e, pela origem e pela essência, não passa daquela *instituição social, que um grupo vitorioso impôs a um grupo vencido, com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras*. (*Ciência Política*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 61-66).

⁶² Constituição em sentido material é estabelecer um conteúdo de direitos que possuem matéria constitucional de acordo com a evolução da tradição. Segundo Bonavides (2013, p. 84) do ponto de vista material a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana tantos individuais como sociais. Constituição em sentido formal, por sua vez, é o conjunto de normas dispostas no texto constitucional. Por isso, não raras vezes, não há uma correspondência entre a constituição material e a constituição formal mormente nas constituições prolixas. Este fenômeno político de inflação constitucional faz surgir juridicamente normas meramente formais. Porém, onde há o constitucionalismo moderno material há o constituição formal (MIRANDA, 2011, p. 170)

⁶³ O Estado Social, segundo Bonavides (2014, p. 184), representa uma transformação superstrutural que passou o antigo Estado Liberal. Trata-se de um modelo econômico de Estado que suportou no decorrer da história as mais variadas organizações políticas, afinal, foram Estados Sociais a Alemanha nazista, A Itália fascista, o Portugal salazarista tanto quanto a Inglaterra de Churchill (ibidem). Como destaca Sarmento e Souza Neto (2014 p. 84) que as primeiras constituições sociais foram a do México de 1917 e a alemã, de Weimer, de 1919.

pressionam os seu poderes⁶⁴ a atuarem na efetivação da cidadania. Realizar direitos fundamentais, mormente os de segunda dimensão como veremos a seguir, gera dispêndio financeiro pois todo serviço público é uma atividade econômica em sentido amplo⁶⁵. Dessa forma, com base nessas pré-compreensões, percebe-se que há um diálogo entre o avanço da cidadania⁶⁶, a conformação do Estado, bem como à sua dimensão econômica.

⁶⁴ Segundo Marçal Justen Filho (2009, p 29) há pelo menos duas funções desempenhadas pelo Estado contemporâneo que não encontram solução satisfatória no âmbito da clássica tripartição dos poderes. São elas o controle de constitucionalidade e o controle das atividades estatais e privadas (esta última a cargo, entre nós, do Tribunal de Contas e do Ministério Público). A tendência, segundo este administrativista paranaense, é que essas funções sejam desempenhadas por estruturas autônomas, não integradas na organização dos poderes como acontece em alguns países com presença das Cortes Constitucionais (ao invés do Brasil onde esta atividade é desenvolvida pelo STF, órgão integrante do Poder Judiciário). Dessa forma, no Brasil, segundo Medauar apud Marçal (ibidem), é evidente a existência de cinco poderes pois o Tribunal de Contas e o Ministério Público não são integrantes de nenhum poder e receberam da Constituição Federal autonomia estrutural e identidade funcional (art. 73 para o Tribunal de Contas e art. 127, §1º para o Ministério Público) idêntica aos poderes elencados no art. 2º da CF. Com a emenda constitucional 80 de 2014 as defensorias públicas receberam a mesma autonomia constituindo, assim, com base nesta doutrina, um sexto poder.

⁶⁵ Para Eros Grau a atividade econômica em sentido amplo é gênero que se divide em atividade econômica em sentido estrito e serviço público (2007, p. 103). Para Marçal Justen Filho, quanto ao *aspecto material* certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de *direitos fundamentais* (2009, p. 601-602). O *requisito formal* desta qualificação é a previsão em lei, se feito por ato administrativo presume-se atividade econômica em sentido estrito mas não serviço público (ibidem). Portanto o serviço público existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais. Como decorrência, essa atividade é atribuída à titularidade do Estado e submetida ao regime de Direito Público, isso acarreta a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Portanto, a atividade econômica propriamente dita, por sua vez, reside no desempenho pelo Estado de atividades que não são diretamente vinculadas à satisfação de direitos fundamentais. Ou seja não há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. Logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas. Não é possível deixar que a satisfação dos direitos fundamentais seja subordinada à livre iniciativa e às leis de mercado escopo típico da atividade econômica em sentido estrito. Se não existisse o serviço público, haveria o risco de que as necessidades existenciais de muitas pessoas não fossem satisfeitas, tal se passa por exemplo com o fornecimento de água tratada, energia elétrica, coleta e tratamento de lixo, etc. Por isso, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho são atribuídas primordialmente ao Estado. Sob a perspectiva do direito tributário, Liane Francisca Hüning Birnfeld destaca que *“todo o direito tributário deve ter seu conteúdo não apenas para adequar, mas também concretizar os direitos fundamentais, pois na forma que ressalta Oliveira, deve-se ter por pressuposto que os direitos de terceira dimensão - dentre os quais destaca-se a defesa do meio ambiente - são adicionados à composição plena dos direitos fundamentais que do ordenamento jurídico constitucional. Esses direitos compõem o conjunto delimitador das facetas do Estado, bem como o conjunto de princípios e diretrizes que direcionam sua atuação frente à sociedade e seus interesses”* (BIRNFELD, 2013, p. 111).

⁶⁶ Para todo discurso evolutivo há sempre o contradiscurso reacionário, e para o avanço da cidadania não seria diferente. Neste sentido, Birnfeld (2006, p. 53) citando Hirschman compila três “teses” que ordinariamente teriam servido à intransigência reacionária: a) a *tese da perversidade*, segundo a qual qualquer ação proposital para melhorar um aspecto da ordem econômica, social ou política só serve para exacerbar a situação que se deseja remediar, que fora utilizada tanto pelos adversários da Revolução Francesa (como Edmund Burke, que afirmara que todas as tentativas de levar à liberdade

De outro modo, antes de adentrar na discussão sobre cidadania, propomos uma breve análise dos modelos tradicionais de Estado, mesmo que não tenhamos possibilidade de aprofundar cada um deles.

O *Estado liberal* surge como resultado da luta contra o Estado Absolutista⁶⁷ e para garantir a liberdade (não intervenção estatal) dos cidadãos insere dois princípios nas constituições: a separação dos poderes⁶⁸ - como meio assecuratório de controle entre eles - e o reconhecimento dos direitos civis. A Declaração dos Direitos do Homem (1791) foi muito clara ao rezar que “*toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição*”. Dentro destes direitos individuais está a ampla liberdade de contratar e, como desdobramento,

conduziriam a uma maior tirania) como pelos adversários do sufrágio universal (como Gustav Le Bon, que partindo do princípio de que a multidão seria sempre ignorante, alertava que a democracia se transformaria cada vez mais em governo da burocracia) e pelos adversários do welfare state (que argumentavam que a disponibilidade da assistência agia como incentivo à preguiça e à depravação e produziria pobreza ao invés de aliviá-la); b) a *tese da futilidade*, segundo a qual as tentativas de transformação social serão infrutíferas, simplesmente não conseguirão “deixar uma marca”, que fora utilizada também pelos críticos da Revolução Francesa (como Alexis Toqueville, que afirmava que a revolução representava muito menos uma ruptura com o Antigo Regime do que fora comumente considerada) como pelos críticos do sufrágio universal (como Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto segundo a qual qualquer sociedade, independente da sua organização política de “superfície” estaria sempre dividida entre governantes e governados, ou entre a elite e a não-elite) e críticos do welfare state (do porte de George Stigler, segundo o qual o welfare state acaba protegendo efetivamente as classes proprietárias, em detrimento das despossuídas); c) a *tese da ameaça*, segundo a qual o custo da reforma ou mudança proposta é alto demais, pois coloca em perigo outra realização anterior, que foi utilizada pelos críticos do sufrágio universal (Henfy Maine e Gustave Le Bon afirmavam que se houvesse sufrágio universal a fiandeira de fusos múltiplos, a máquina à vapor o tear mecânico e demais progressos seriam impossíveis. Com o sufrágio não haveria mais progresso técnico e muitos consideravam que a extensão do direito de voto para a classe trabalhadora e para os pobres levaria com o tempo à formação de uma maioria e a um governo que expropriaria os ricos, por meios diretos de uma taxação espoliativa - violando assim uma liberdade básica como o direito de acumular propriedade) e pelos críticos do Welfare State (como Hayec e Huntington, que afirmam que a liberdade e a democracia estão ameaçadas pela intromissão do Estado numa vasta área social).

⁶⁷ Como marco deste processo transformatório de Estado se tem a Revolução Francesa que colocou o homem como principal ator da história, como bem destaca Portanova: “*Em outras palavras pela primeira vez na história o homem pode se sentir como verdadeiro artesão de seu desiderato. Ele podia escrever a história com suas próprias mãos e não aceitar a determinação dogmática de leis estabelecidas pela natureza religiosa das mesmas, superiores ao homem e, portanto inquestionáveis por estes. Não estávamos apenas diante de um novo fato que viria a modificar para sempre a forma de agir politicamente, a partir de uma nova legitimidade estabelecida pelos revolucionários franceses, à participação popular decidiria a forma pela qual deveríamos moldar o futuro da civilização, estávamos dando os primeiros passos na direção da cidadania.*” (PORTANOVA, 2014, p. 9).

⁶⁸ A separação dos poderes foi um dos dogmas da revolução francesa, segundo clássica passagem de Rousseu “*...se quem dirige os homens não deve dirigir as leis, quem dirige as leis não deve, pela mesma razão, dirigir os homens; do contrário, suas leis, ministras de suas paixões, perpetuariam muitas vezes suas injustiças, e ele jamais poderia evitar que intuítos particulares alterassem a santidade de sua obra.*” (ROSSEAU, 1999, p. 50-51). Aliás, advertência já feita em 1748 pelo Barão de Montesquieu na obra “Espírito das leis” onde de acordo com a sua teoria a separação dos poderes do Estado entre Legislativo, Executivo e Judiciário é essencial para que haja a liberdade do cidadão, nas palavras de Dallari (1993, p. 77) “*Com efeito diz o próprio MONTESQUIEU que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, no há liberdade*”.

a não intervenção do Estado no mercado. O Estado só interviria para garantir as regras naturais do mercado.

Após a primeira guerra mundial verificou-se a insuficiência da ampla liberdade econômica, uma vez que a livre atuação dos agentes econômicos no mercado acabou gerando graves problemas sociais.

O *Estado social*⁶⁹, portanto, surge como reação a esta não intervenção estatal perniciosa pois a liberdade irrestrita acabou gerando desigualdades sociais e necessitava-se buscar um bem estar humanitário, e a liberdade de contratar necessitou de restrições humanitárias. Assim, num primeiro momento se amplia o catálogo de direitos fundamentais incluindo direitos de ordem social, econômica e culturais para após oferecer os meios necessários para tanto.

Tratando da passagem deste modelo de Estado, Rogério Portanova afirma que:

O interessante é que o Estado liberal puro, baseado no desenvolvimento econômico da burguesia, deu lugar a uma nova concepção de Estado. Seja comunista, social democrata ou liberal, agora o Estado não busca apenas o progresso, mas ele se transforma definitivamente em Estado de Bem Estar Social. Independente de como se constitui o Estado nesta nova ordem valorativa, a Educação se torna um direito universal como a própria idéia de cidadania. Ela deixa de ser um privilégio dos filhos da burguesia e se torna uma obrigação do Estado, que paulatinamente vai tendo seu caráter de universalidade até atingir a obrigatoriedade de todos, ao menos no ensino básico. O aspecto que podemos criticar com relação a este novo *status* que adquire a educação é que ela está voltada para o aumento da produção e um ensino cada vez mais especializado e técnico. As bases de um Estado cientista e burocrático foram dadas com a universalização de um ensino que tinha um vínculo com o econômico intrinsecamente associado. (PORTANOVA, 2014, p. 13)

Paulo Bonavides (2013, p. 186) faz uma diferenciação entre Estado Social e *Estado Socialista*. Num primeiro momento como reação ao liberalismo nocivo surge o Estado social que seria a garantia de direitos sociais mínimos e a intervenção indireta na economia não mais para garantir o livre mercado, mas para regulá-lo. No

⁶⁹ De acordo com Hesse (p. 175, 1998) a lei fundamental alemã ao qualificar o Estado como “estado de direito social”, perfeitamente aplicável ao nosso (con)texto constitucional, representa não só um reconhecimento forçado de uma realidade social que não pode ser mais negada, como também que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação e intervenção ocasional, fazendo surgir um Estado que guia, presta, distribui possibilita tanto vida individual como social. Interessante observação quanto ao Estado (de direito) Social brasileiro é trazida por José Ricardo Costa ao dizer que “*Se é correto afirmar que o Brasil não chegou a integrar os países que experimentaram o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social, parece-me correto o entendimento de que a Constituição Federal promulgada em 05.10.88, batizada carinhosamente de Constituição Cidadã, trouxe no seu bojo inúmeros direitos conhecidos no Welfare State. Este raciocínio é válido e justifica-se notadamente quando do trato, pelos constituintes de 1988, das questões relacionadas com a seguridade e a assistência social.* (COSTA, 2001, p. 59).

Estado socialista, total ou parcial, para eliminar o capitalismo ele começa a monopolizar certas atividades econômicas ou concorrer nelas com a iniciativa privada, intervindo diretamente na economia. Eros Grau (2007, p. 148) chama estas intervenções do Estado na economia, presentes em nossa Constituição, respectivamente, de *absorção*⁷⁰ e *participação*⁷¹ onde o Estado é um agente econômico que detém os meios de produção.

⁷⁰ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006) § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) § 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) a) diferenciada por produto ou uso; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) II - os recursos arrecadados serão destinados: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)”

⁷¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e

Desta feita, conforme destaca Birnfeld (2006, p. 47), muito mais que um descuido, a emergência da cidadania é a consolidação de um modelo de Estado acossado pela emergência do socialismo e do Estado socialista, modelo este suficientemente organizado para manter as condições de sobrevivência do modo capitalista em boa parte do planeta. Isso não significa, todavia, que a maior parte do planeta goze dos seus benefícios. Birnfeld (2006, p. 47) com base em Comparato assinala os direitos resultantes da *cidadania social* em cinco níveis distintos: a) distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; b) proteção dos interesses difusos ou transindividuais; c) controle do poder político; d) administração da coisa pública; e) proteção de interesses transnacionais. Efetivamente essa não é a realidade de mais de três quartos da humanidade. Cumpre assim ressaltar que a cidadania social é afinal uma promessa pouco cumprida. Além disso, as chances dos Estados atingirem este estágio tornou-se cada vez menor, diante da globalização ou mundialização do capital, do recuo dos direitos sociais trabalhistas, precarização, sub-precarização, informalidade, entre tantos outros direitos em retração. Estes fatos colocam, sem dúvida, em risco os direitos duramente conquistados. Por isso que Norberto Bobbio (2004, p. 23), com razão, destaca que “*O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.*”

Parece elementar, mas cumpre destacar, que este modelo estatal delineado pelos direitos fundamentais também conforma a *jurisdição*. Segundo Elaine Harzeim Macedo (2009, p. 114), a jurisdição no estado liberal é uma jurisdição liberal porque diante da separação dos poderes e das garantias apenas dos direitos civis de liberdade, como já frisamos, a atividade jurisdicional se resume na declaração onde o juiz é a boca da lei. Neste viés, qualquer intromissão do poder judiciário na atividade estatal violaria o dogma da separação e, por outro lado, também não haveria direitos sociais a serem garantidos por ausência de previsão normativa. Neste modelo de Estado, a função econômica é no sentido de garantir o livre funcionamento do mercado,

a sociedade. § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”;

garantindo, portanto, a liberdade de contratar. Por sua vez, com a constitucionalização dos direitos sociais surge o Estado Social e uma conseqüente *jurisdição social* garantista da cidadania dentro deste escopo. Assim, surge a Jurisdição do Estado Social como elemento fundamental e concretizante da cidadania incluindo no debate o elemento político citado por Bobbio, como destacamos alhures.

Logo, uma constituição, e a CF de 1988 não é diferente, representa este embate político que resulta numa conquista, seja a conformação do Estado Liberal (direitos de liberdade), seja a do Estado Social de bem estar (direitos de igualdade)⁷². A conformação deste Estado se dá com a evolução dos direitos do homem obrigando o Estado ora a se abster, ora a prover através da previsão de direitos fundamentais nas Constituições.

Ao analisar-se o texto constitucional de 1988, pode-se perceber que Estado constitucional brasileiro vigente possui recortes de direitos liberais clássicos e sociais, que vai caracterizar um ou outro modelo de Estado.

O Estado Liberal clássico preocupado somente com a garantia dos direitos de primeira dimensão – a cidadania civil (desde 1824) e posteriormente a cidadania política (geração de 1934 a 1937, de 1946 a 1967 e dimensionada em 1988), é presente na nossa Constituição, além da separação dos poderes, na previsão de direitos civis e políticos. Portanto, são exemplos a proteção da livre iniciativa como fundamento da república (art. 1º, IV) e princípio da ordem econômica (art. 170), os direitos individuais e coletivos no art. 5º, a liberdade de associação partidária e o sufrágio universal (art. 17 e seguintes)⁷³.

⁷² Conforme destaca Weber, Hüning e Lobato na verdade, o que vem ocorrendo no Brasil é um compromisso, embora ainda muito tímido, entre o Estado liberal e o Estado social. Fenômeno este, continuam os autores, que já trouxe alguns progressos para as políticas sociais, ao passo que se estabeleceu uma nova ordem jurídica baseada no bem-estar da população, caracterizando o chamado Welfare State, com direitos sociais mínimos assegurados, inclusive, pela atual Constituição. Importante lembrar “*que esse compromisso somente é possível se baseado no princípio democrático e que os direitos sociais são essencialmente capitalistas, sendo que sua ampliação não assegura a emancipação humana, mas podem, sim, contribuir para a criação de condições materiais para a melhoria da qualidade de vida.*” (WEBER, HÜNING, LOBATO; p. 52-68, 2015).

⁷³ Assim esta disposto o art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)”

O Estado Brasileiro de Bem-Estar Social, se é possível assim o enquadrar, demonstra uma preocupação com os direitos de segunda dimensão – a cidadania social-, podendo ser vislumbrados em diversas partes em nosso sistema: no preâmbulo de nossa Constituição Federal de 1988⁷⁴ (mesmo que para o STF seja um texto jurídico mas não é uma norma conforme ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, DJ de 8-8-03); na valorização social do trabalho no art. 1º, IV; nos objetivos da República no art. 3º; no rol de direitos sociais do art. 6º e nos direitos dos trabalhadores do art. 7º.

Como agente regulador da economia para garantir o bem estar social, o Estado Brasileiro se utiliza de mecanismo indiretos de intervenção sobre a economia por direção (art. 170 e outros) ou por indução (art. 174) (GRAU, 2007, p. 148).

No entanto, o Estado Brasileiro não atua apenas sobre a economia, ele também atua diretamente no mercado, o que o caracteriza um Estado socialista parcial. No texto constitucional, podemos encontrar esta atuação por absorção – monopólio de uma atividade econômica (art. 177) - ou por participação, quando concorre com o setor privado (art. Art. 173).

Dessa forma, deve-se ter como horizonte de que a República Federativa do Brasil é regida por uma constituição liberal, mas impõe posturas de efetivação de um Estado Social e, conseqüentemente, impõe uma justiça social garantista da cidadania, devendo todos os poderes conformar a realidade social com este texto constitucional.

3.2 A evolução dos direitos de cidadania

Após analisar a influência dos direitos fundamentais e a respectiva conformação do Estado, e conseqüentemente da jurisdição, cumpre delinear como se dá a evolução destes direitos – e seu reflexo conseqüente na evolução do estado.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Segundo Eros Grau cada inciso do art. 170 é um princípio constitucional impositivo, a cumprir dupla função: (1) como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e (2) – objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reinvidicação pela realização de políticas públicas. (GRAU, 2007, p. 225 ss). Portanto, em que pese termos uma economia de mercado ela só será lícita se tiver a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana.

⁷⁴ O preâmbulo é um texto jurídico mas não é norma para o STF (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, DJ de 8-8-03).

A evolução dos direitos é uma necessidade constante da vivência social. A cada fato social novo, poderá ter um olhar axiológico do Direito para se verificar a necessidade de juridicização e transformar os elementos deste fato social num suporte fático para incidência da norma, assim qualificando este fato em fato jurídico.

Alguns direitos, no entanto, possuem uma qualificação especial. De fato, aqueles direitos qualificados como direitos do homem merecem uma atenção especial devido a fundamentalidade existencial do indivíduo, e por estarem estritamente ligados, de acordo com a doutrina, com outros temas fundamentais. Nestes termos Bobbio, (2004, p. 1) destaca que há uma relação de existência entre direitos do homem, democracia e paz. Para este autor italiano só há democracia numa sociedade de cidadãos, e estes, só existem, no sentido jurídico da palavra, quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Este surgimento de novos direitos se dá através da historicidade social que, segundo Bobbio (2004, p. 63) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Com base nesta historicidade Bobbio revelou uma classificação geracional de direitos do homem. Os de primeira geração (civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais), os de terceira geração (dentre eles o mais importante, segundo Bobbio é o de viver num ambiente não poluído). Bobbio destaca que se está ainda em constante evolução e cita os direitos de quarta geração advindo das reivindicações dos direitos do homem em relação a pesquisa biológica (BOBBIO, 2004, p. 5).

Sob a perspectiva dos poderes e deveres do Estado em relação a estes direitos, para este autor italiano, embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre duas com relação aos poderes constituídos: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Os de primeira geração, ou dimensão, respondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os de segunda, os direitos sociais, uma ação positiva do Estado; nos direitos de terceira e de quarta geração ou dimensão, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (normas que contém um não agir ou ação positiva do Estado) (BOBBIO, 2004, p. 6).

Portanto, temos que direitos do homem são dimensões que surgem através da história dos povos que vão aumentando o nível de cidadania. Com base numa perspectiva cidadã – direito de ter direitos –, Marshal (1967, p. 63) propôs uma tipologia: a) cidadania civil - que englobaria os direitos necessários a liberdade individual - ir e vir, imprensa, pensamento e fé, propriedade e conclusão de contratos válidos, justiça igual, etc.; b) cidadania política - que englobaria o direito de participar no exercício do poder político; c) cidadania social - que englobaria tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Consolidando as gerações de direito de Bobbio e as cidadanias de Marshall temos que os direitos de primeira geração contem a cidadania civil e política e os de segunda geração a cidadania social. Os direitos de terceira geração, segundo o autor italiano, por ter uma heterogeneidade e vagueza muito grande carece de um lócus cidadão mais definido. Esta perspectiva cidadã dos direitos reflete diretamente no modelo Estatal conformado no texto constitucional como vimos.

Critica-se a expressão geração de direitos e quem a faz prefere dimensão pois aquela pode gerar uma compreensão que o surgimento de uma encerra a outra. Como que se a geração dos direitos sociais (segunda) dê-se a entender que os direitos civis e políticos conquistados (primeira) não fossem mais garantidos. De fato isso não ocorre de modo geral, uma geração não aniquila a outra o que tornaria a expressão dimensão mais adequada.

No entanto, como bem destaca Bobbio, a geração dos direitos é histórica, assim a análise desta diferenciação depende do estudo da constituição de cada Estado. Como já destacamos, nas Constituições brasileiras, as que nos interessa, temos que os direitos civis (primeira geração de direitos, cidadania civil) surgiram em parte com a Constituição Imperial de 1824; os direitos sociais (segunda geração de direitos, cidadania social) com a Constituição de 1934; os direitos políticos (primeira geração de direitos, cidadania política)⁷⁵ com a Constituição de 1934 suprimido com a Carta de 1937, restabelecido com a Constituição de 1946, suprimido com a Carta de 1967 e restabelecido na Constituição de 1988 junto com os direitos difusos (terceira geração de direitos). Como se percebe a nossa peculiaridade histórica na evolução dos Direitos

⁷⁵ A cidadania política além de ser um direito subjetivo também é um instrumento dos demais direitos humanos uma vez que estes lhe usam para avançar na historicidade da cidadania.

Fundamentais, e seu reflexo no Estado e na cidadania, está em que adotando dicotomia geração/dimensão os nossos direitos políticos, além da inversão histórica proposta por Bobbio, tiveram uma geração em 1934, finda em 1937, uma geração em 1946, finda em 1967 e se tornou uma dimensão, junto com os demais horizontes de direitos, com a Constituição de 1988. Devido às sinopes constitucionais e valorizando a força normativa e a historicidade dos direitos fundamentais, temos no Brasil: direitos civis (primeira dimensão, cidadania civil, desde 1824), direitos sociais (segunda dimensão, cidadania social, desde 1934), direitos políticos e difusos (terceira dimensão, desde 1988).

Portanto, tendo que a classificação do Estado e da jurisdição se dá numa análise dos surgimento de direitos de cidadania, o Estado brasileiro (bem como de modo geral na América Latina) liberal, de bem estar social e socialista parcial, não surgiu – e nem podia - da mesma forma como em outros países. Temos hoje no texto da Constituição Brasileira as dimensões dos direitos fundamentais bem consolidadas, sendo possível encontrar nos dispositivos constitucionais o modelo Brasileiro de Estado e seus compromissos liberais e sociais.

3.3. Da cidadania social existencial

Segundo Konrad Hesse, não é casual que o debate mais recente tenha por objeto o significado e a possível eficácia dos direitos sociais fundamentais, entendidos como a “garantia das bases em que se assenta a existência individual” (2009, p. 45). Dentro do catálogo dos direitos sociais, alguns compõe um rol que, caso não sejam implementados, o indivíduo não existe juridicamente.

Trata-se de direitos sociais de um mínimo existencial, que garantem a dignidade da pessoa humana, sendo esta tratada como regra (além de princípio e postulado, como já propormos anteriormente). Ou seja, ou alguns direitos de cidadania são efetivados ou não há dignidade da pessoa humana, pois ao negar determinadas prestações se está tirando do cidadão o conteúdo material da dignidade da pessoa humana que é a faculdade de se autodeterminar e agir em conformidade com o ordenamento jurídico dentro de um mínimo ético.⁷⁶ Segundo Ingo Wolfgang

⁷⁶ Esta visão antropocêntrica da dignidade da pessoa humana – ou do sistema como um todo – obviamente não afasta a proteção da fauna e da flora e toda a discussão que envolve o *direito dos animais*, como sujeitos de direitos bem como a natureza também como sujeitos de direitos. Neste

Sarlet (2012, p. 40), Kant, construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, sinaliza que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Em síntese, no que diz respeito ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, é possível referir que autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricadas, visto que a dignidade pode ser considerada como próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo ético. Com base nesta premissa Kant (apud SARLET, 2012, p. 40) sustenta que todo ser racional é um fim si mesmo não podendo ser um meio para uso arbitrário de outras vontades. Portanto, diante desta supremacia da dignidade encontra-se a diferença dela em relação a coisa, pois esta pode ser mensurável economicamente e aquela não. Assim, enquanto a coisa tem preço, a dignidade é valor.

O problema é que é muito comum se falar em direitos humanos – ou direitos do homem – e ficar na vagueza de um discurso postulante, mas sem dizer o estado

último caso a Constituição do Equador de 2008 inovou no constitucionalismo latinoamericano ao introduzir no texto constitucional *buen vivir* (sumak kausay) e os direitos de *pachamama* realizando um giro ecocêntrico no direito constitucional (WOLKMER; MELLO, p. 106). Os Direitos de pachamama significam tratar a natureza e seus seres vivos como sujeito de direitos e não como objeto (a primeira ação proposta com base neste direito foi o rio Wilcabamba que figurou como parte. Trata-se da “ação constitucional de proteção à natureza” julgada em 2011 onde diante da degradação este rio teve sentença a seu favor contra o Governo Providencial de Loja que depositava nele materiais de escavação advindos da construção de uma estrada causando assoreamento. Em que pese a alegação da província de que a estrada é para o bem coletivo o julgado fundamentou a sua decisão de que diante do choque de direitos coletivos prevalecerão os direitos da Natureza até mesmo por abranger uma maior coletividade assim como também gerações futuras.(idem, ibidem, p. 117). Esta demonstração de universalidade da cidadania muitas vezes vai de encontro ao *relativismo cultural* praticado por alguns povos com manifesta violação dos direitos humanos. Com o processo de internacionalização dos direitos humanos no segundo pós-guerra e a subsequente Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 buscou-se esta universalização dos Direitos Humanos sobre o relativismo cultural. A crítica feita por alguns sociólogos é que o conteúdo dos Direitos Humanos sempre depende de uma pré-compreensão do interprete que possui como um dos elementos a tradição, horizonte passado do interprete nos termos gadamerianos. No que tange ao relativismo cultural, BOBBIO (2004, pp 18 e 19) assim se posiciona: “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, **não há por que ter medo do relativismo**. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento.” (Grifamos).

social que realmente se quer. Fica-se na banalização do senso comum reivindicante, sem exatamente pontuar que conteúdo realmente compõe uma cidadania social digna.

Ao analisarmos o texto na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana comparece no art. 1º, inciso III como fundamento da República Federativa do Brasil, e no caput do art. 170 como finalidade da ordem econômica. Já destacamos que Humberto Ávila, dentro da sua Teoria dos Princípios (2005, p. 60) nos traz através uma tipologia tricotômica que um ou vários textos jurídicos ou dispositivos, ponto de partida para a construção normativa, podem experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Ou seja, para este autor, como já aprofundamos, o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata, como trata a maioria da doutrina, mas o modo que será aplicado o texto pelo intérprete. Ainda, segundo Birnfield, dentro dos comportamentos exigidos da norma/regra surgem direitos, deveres e poderes que, como aqui propormos, impõe condutas de realização da cidadania.

Dentro do esquema da dignidade da pessoa humana como regra o Estado e a sociedade dispõe e impõe de forma recíproca de poderes, direitos e deveres. Assim, é possível tratar a cidadania social existencial, encarando a dignidade da pessoa humana como uma regra de conduta, impondo ao Estado o dever de prover prestações mínimas. Com efeito, o texto constitucional não pode ser uma excludente discursiva – mormente através de ponderações principiológicas - para um não tratamento da dignidade da pessoa humana como regra e escapar, assim, de um parâmetro de prestações sociais que possam identificar se o Estado realiza um mínimo de cidadania, se efetiva a cidadania social existencial.

Não se quer esgotar o tema, mas a doutrina já elencou algumas prestações que sem as mesmas não se tem uma vida digna, não se realiza a dignidade da pessoa humana, não se tem um estado de direito cidadão. Ou seja, sem determinadas prestações na há cidadania social existencial no seu sentido jurídico. A saber, é possível pela análise dos comportamentos ativos estatais se este realiza a cidadania social existencial ou não.

Luis Roberto Barroso, destaca a associação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, apregoando que existe um núcleo material elementar composto do mínimo existencial, locução que identifica o “conjunto de bens e

utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (BARROSO, 2004, p. 335). Este constitucionalista não descarta, o que compartilhamos, uma variação subjetiva das prestações que compõem o mínimo existencial, mas aponta um certo consenso de que nele se inclui: renda mínima, saúde básica, educação fundamental, e, como instrumento de efetividade destes direitos, o acesso à justiça. Este autor frisa, por seu turno, que aquém deste patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Sobre o tema, Barcellos (2002, p. 305) nos traz uma pequena variação dizendo que

"O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos **(1) à educação fundamental, (2) à saúde básica, (3) à assistência no caso de necessidade e (4) ao acesso à justiça**". (grifamos)

Portanto, em que pese uma variação de conteúdo da realização de um *mínimo existencial* ou *cidadania social existencial*, percebe-se que os autores supra tratam a dignidade da pessoa humana no esquema normativo típico das regras. Neste tratamento tem aplicação do esquema tudo ou nada, possuindo, destarte, natureza de norma imediatamente descritiva (mandado de definição). Ou seja, não descartamos a dimensão deontológica da dignidade da pessoa humana, mas para sair da zona de conforto discursiva dos princípios e suas possíveis ponderações com outros interesses – mormente com o topoi da reserva do possível-, mister tratar o mínimo de bem estar social dentro de um esquema de tudo ou nada. Com este tratamento normativo da cidadania é possível verificar se o Estado cumpre com a *cidadania social existencial*, ou se ainda está em débito com a evolução social e histórica no atual estágio econômico e social dos direitos do homem.

No entanto, não se pode descartar que, por força ontológica da interdependência dos direitos humanos⁷⁷, nenhum destes direitos serão realmente

⁷⁷ A declaração de Viena de 25 de junho de 1993 tentou responder ao debate entre relativismo cultural e universalismo dando como características dos direitos humanos a **interdependência**. Destaca Mazzuoli que trata-se de uma característica a respeito dos direitos de dignidade da pessoa humana de forma indivisível evitando um tratamento fragmentário e hierarquizado da dignidade da pessoa humana evitando, assim, políticas públicas setoriais que não abrangem direitos humanos de segunda geração ou dimensão (2007, p. 677). Este debate do Direito Internacional pode ser trazido tranquilamente para dentro da discussão da cidadania, uma vez que dividir os direitos da dignidade da pessoa humana

efetivados se não forem dentro de um *meio ambiente sadio*. Não se pode falar em saúde, por exemplo, dentro de circunstâncias ambientais degradantes pois qualquer política pública de saúde terá pouco efeito se o cidadão não estiver num ambiente salubre.

Por isso, deve-se incluir dentro dos direitos que garantem a cidadania social existencial o direito a um meio ambiente sadio, garantidor da *cidadania ecológica*.

Dessa forma, consolidando a tradição já posta e complementando-a, sem descartar futuros acréscimos⁷⁸ diante da historicidade dos direitos, temos que a *cidadania social existencial* é composta pelo(a): (1) educação básica, (2) saúde básica, (3) assistência social, (4) meio ambiente ecologicamente equilibrado e (5) o acesso à justiça.

A seguir, abordaremos os programas normativos básicos destes direitos, bem como a abordagem doutrinária que compõe a cidadania social existencial.

3.3.1 Da educação básica

Não é preciso dizer que muitos dos problemas cotidianos brasileiros estão no déficit estatal da efetivação da educação, mormente na ausência de políticas públicas

geralmente justificam a não concretização da cidadania social, uma vez que esta sempre gera dispêndio do estado.

⁷⁸ Um direito fundamental que possivelmente pode ser inserido neste rol de direitos garantidores da cidadania social existencial é o direito a *segurança*. Adotando a classificação de Jose Afonso da Silva (2007, p. 44 ss) destaca-se que as normas constitucionais podem ser classificadas de acordo com suas finalidades que chamou de *elementos da constituição*, que podem ter objeto: 1 - Orgânicos: normas que tratam da estrutura do Estado, dispondo sobre a sua organização e modo de funcionamento (“Da organização do estado”, “Da organização dos poderes”; “Das Forças Armadas”, e “Da segurança Pública; e “Da tributação e do orçamento”); 2 - Limitativos: normas que tratam dos limites da atuação do Estado, para resguardar direitos indispensáveis da pessoa humana (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”); 3 - Socioideológicos: finalidade compromissaria da ordem constitucional. Estabelecida com determinados princípios sociológicos (“Dos direitos sociais”, “Da ordem econômica e financeira” e “Da ordem social”); 4 - De estabilização constitucional: normas destinadas a garantir a solução de conflitos constitucionais, instrumentos de defesa do próprio Estado (“Do estado de defesa e do estado de sitio”); 5 - Formais de aplicabilidade: normas destinadas a possibilitar a aplicabilidade dos próprios preceitos constitucionais (Preâmbulo e art 5º, parágrafo 1º). A Constituição de Federal de 1988 traz textualmente a segurança em diversos dispositivos, cada um, portanto, com finalidades distintas. A segurança é um elemento orgânico no art. 144, limitativo dos poderes do Estado no art. 5º (direito individual), um direito social no art. 6º (direito social) e formal de aplicabilidade no preâmbulo. Cada posição da segurança nestes elementos constitucionais traz para o intérprete a ponta do iceberg de um programa normativo que introduzirá o intérprete na conformação da segurança e assim introduzi-la no rol da cidadania social existencial.

concretizadoras desta prestação. Toda a construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa por tratar a educação como uma questão de Estado e não como uma questão de governo e suas eventuais opções discricionárias-políticas. A CF no art. 205 dispõe que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Portanto, nos termos constitucionais a educação é fundamental para o desenvolvimento da cidadania fortalecendo a ideia de interdependência dos direitos de cidadania e consubstanciando, assim, como uma cidadania meio para os demais direitos existenciais.

Por seu turno, nos termos da Constituição a educação básica compõe o ensino ministrado dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos. Logo a educação básica compõe a pré-escola (crianças de 4 a 6 anos)⁷⁹, o ensino fundamental (com duração de 9 anos e início aos 6 anos de idade)⁸⁰ e o ensino médio (com duração mínima de 3 anos)⁸¹.

⁷⁹ Lei 9.394/96 (LDB). Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

⁸⁰ Lei 9.394/96 (LDB). Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006) I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

⁸¹ Lei 9.394/96 (LDB). Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

O ensino médio compõe a cidadania social existencial, o que quer dizer que os indivíduos possuem o direito subjetivo (art. 208, § 1º, da CF) na sua concretização, pois o mesmo é de prestação compulsória (art. 208, I, da CF) por parte do Estado.

Note-se que diante deste programa normativo a disposição do Estado Social, não pode a República Federativa do Brasil, através de seus poderes, se abster de concretizar a educação básica como componente da *cidadania social existencial*, como, de fato, vem ocorrendo diante da notória e manifesta omissão dos entes públicos para com este direito fundamental social.

O STF afirmou no ARE 639.337-AgR (relator ministro Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.) em ação movida pelo Ministério Público de São Paulo contra o município de São Paulo, que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, deferida às crianças, assegurando estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Consta, ainda, na decisão que essa prerrogativa jurídica impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Neste precedente retro-citado o STF, ao não aceitar ponderações com outros pontos de vistas ou *topois* (reserva do possível, interesse público, bem comum, etc.)⁸² senão os normativos, tratou a dignidade da pessoa humana como regra/dever do estado no sentido de concretizar a educação infantil, conteúdo da *cidadania social existencial* nos termos aqui propostos.

⁸² Como veremos no próximo capítulo, para o método tópico de Theodoro Viegh, o mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está voltado para o problema. Dentro da hermenêutica estruturante de Friedrich Muller, também abordado posteriormente, é uma técnica de solução que serve somente de auxílio na concretização.

Ainda no RE 554.075-AgR (relatora ministra Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.), em ação do ministério público do Estado de Santa Catarina contra o Município de Criciúma, o STF firmou entendimento no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas, assim como também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional. Ao garantir estes dois direitos, o STF tratou a dignidade da pessoa humana, dentro da arquitetura normativa aqui proposta, como regra/direito para os sujeitos do direito e regra/dever para o Estado respectivamente efetivando, assim, também a cidadania social existencial.

3.3.2 Da Saúde Básica

Incluído no âmbito da seguridade⁸³ e ostentando o status de direito fundamental, com referência expressa no caput dos arts. 6º e 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRANCO, COELHO, MENDES, 2007, p. 1.421). Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo.

Postura idêntica assume José Afonso da Silva (2007, p. 308), ao destacar que o direito à saúde há de ser informado, pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doenças, cada um deve ter o tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Portanto, este direito social existencial para sua perfeita compreensão e concretização da cidadania, exige mais que uma análise do texto normativo, sendo altamente necessário ao aplicador do programa normativo o uso de outros elementos

⁸³ Nos termos do art. 194 da Constituição Federal a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Visualizamos, no presente estudo, somente a Assistência e a Saúde, deixando de fora a análise da Previdência Social, diante dos limites impostos neste estudo, bem como ao fato de que nestes dois segmentos que compõe a seguridade social é mais visível o caráter de existencialidade, não que a Previdência não o comporte.

que não os jurídicos-literais do texto normativo, como os elementos de concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso para uma perfeita percepção do caso a ser julgado como provas técnicas e oitiva de *experts*.

Como exemplo da concretização desta cidadania o STF na STA 223-AgR (Relator para o acórdão Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-08, Plenário, Informativo 502) julgou um caso em que um indivíduo ajuizou ação indenizatória, pois teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, objetivando a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, que devolveria ao autor da ação a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico. A Suprema Corte, reconheceu o interesse secundário do Estado em matéria de finanças públicas, e priorizou o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, ressaltando que não haveria opção possível para o Judiciário, senão em dar primazia ao último. Aduziu ainda que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao cidadão, que inclusive poderia correr risco de morte, “*o direito de buscar autonomia **existencial**, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da **felicidade**, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.*” (destacamos).

O STF, mais uma vez, não cedeu ao *topoi* do interesse público ou da reserva do possível comumente alegado pela fazenda pública realizando assim a *cidadania social existencial*, argumentando que a felicidade está implicitamente ligada a dignidade da pessoa humana. No entanto usou um *topoi* não normativo que foi a felicidade para solucionar o caso concreto. O STF, contribuiu, assim, para a tradição jurídica que há uma regra/dever do Poder Executivo em concretizar a dignidade da pessoa humana não sendo a saúde, conteúdo da *cidadania social existencial*, um departamento principiológico e ponderável com princípios ou pontos de vistas meramente financeiros sendo uma regra/direito do cidadão.

Outro caso no STJ, no REsp 1.041.197-MS, ficou consignado em ação civil pública (ACP) em que o Ministério Público pleiteava do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário, que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Para o relator haveria uma distorção se se pensasse que

o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. **A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo.** Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009. Segunda Turma, informativo 404).

Importante destaque neste precedente do STJ é a afirmação de que a separação dos poderes tem a sua atuação natural, típica e originária na promoção dos direitos sociais. Outra consignação que merece reafirmação é a de que, diante da omissão inconstitucional do Poder Executivo surge atuação vinculada do poder judiciário em realizar a política pública essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, o STJ deixou claro neste precedente, válido implicitamente para os demais julgados, e assim contribui para a tradição jurisprudencial neste ponto, que há no Poder Judiciário uma regra/poder de realizar a dignidade pessoa humana diante da omissão de outro poder.

3.3.3 Assistência Social

A assistencial social está presente na Constituição de 1988 enfatizando a

dimensão universalizante da seguridade social (art. 203)⁸⁴. Ela também destaca outra característica da seguridade que é a *solidariedade financeira* (SILVA, 2007, p. 311) pois quem usufrui de assistencial não necessita ser segurado e muito menos contribuinte do sistema, dela tem direito quem necessitar, pois trata-se de assegurar a *cidadania social existencial* situada na maternidade, infância e no desamparo (art. 6º da CF)⁸⁵.

Trata-se de uma prestação que precisa de forte atuação dos poderes constituídos uma vez que a situação e desamparo necessita de efetivação emergencial.

A principal prestação estatal deste direito é o benefício da LOAS⁸⁶, que busca dar densidade normativa ao art. 203, V da CF determinando uma prestação pecuniária para o necessitado idoso e deficiente.

A tradição jurisprudencial brasileira é forte no sentido de que a incapacidade para prover a própria subsistência do cidadão por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742/1993⁸⁷. Em que pese

⁸⁴ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁸⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010](#))

⁸⁶ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011). § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). Para maior compreensão da LOAS e do seu único benefício de prestação pecuniária e continuado, refletindo sobre os limites dos critérios da miserabilidade, ao invés do da necessidade, ver: SERAU Jr., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos**. São Paulo: LTr, 2014.

⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça: REsp 360.202/AL, 5ª Turma (DJ de 01/07/2002) e REsp 601.353/SP, 6ª Turma (DJ de 01/02/2005). Tribunal Regional Federal da 1ª Região: AC 200401990519056, 1ª Turma (DJ de 23/04/2007). Tribunal Regional Federal da 3ª Região: AC 200603990309277, 10ª Turma (DJ de 14/03/2007). Tribunal Regional Federal da 4ª Região: AC 200471140020534, 6ª Turma (DJ de

a evolução para a tradição jurisprudencial do STF, conforme destacaremos a seguir, esta Corte sempre considerou este dispositivo constitucional não auto-aplicável (RE 401.127-ED, 2ª Turma, DJ de 17-12-04; RE 214.427-AgR-ED-ED, 2ª Turma, DJ de 5-10-01).

Quando o STF definiu a miserabilidade para a concessão do benefício do LOAS, num primeiro momento, decidiu na ADI 1232 pela constitucionalidade do critério legal de miserabilidade ponderado pelo legislador em decisão assim ementada:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNAÇÃO AO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. ADI 1232 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO
Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM
Julgamento: 27/08/1998 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

A simples análise da ementa já nos dá o horizonte teórico e compreensivo da corte suprema neste julgado. Diante da passividade gramatical na concretização da assistência social, é manifesto, no nosso entender, o universo da decisão nesta ADI numa pré-compreensão que culmina na vetusta tradição da Escola Histórica do Direito de Savigny, onde sequer motivou o uso de uma interpretação teleológica da norma constitucional, o que também era proibido por esta tradição, como demonstramos anteriormente. Poder-se-ia argumentar que a posição do STF nesta ADI tenha um horizonte passado na tradição da teoria pura do direito de Hans Kelsen, no entanto, a corte não explorou de forma explícita sequer se a lei legislou dentro da moldura constitucional. Esta decisão também não está enquadrada na Jurisprudência dos conceitos, pois não se investigou doutrinariamente conceito de miserabilidade na tradição doutrinária ou filosófica (o que, pelo mesmo motivo, já afasta a Jurisprudência dos Valores). Também não se coaduna com a Jurisprudência dos

11/10/2006). Turma Nacional de Uniformização: PU 200430007021290, Súmula 29 (DJ de 13/02/2006).

Interesses, pois não se utilizou do elemento histórico do texto através dos trabalhos preparatórios da constituinte. Por razões aqui demonstradas, a decisão está longe de estar inserida na tradição do Movimento para o Direito Livre.

No entanto, depois de muitos acessos a justiça, o STF evoluiu nas tradições teóricas na sua jurisprudência e declarou a inconstitucionalidade do critério legal na concessão do benefício da LOAS, nestes termos (grifamos):

Ao apreciar reclamação ajuizada pelo INSS para garantir a autoridade de decisão da Corte proferida na ADI 1232/DF (DJU de 9.9.98), que declarara a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - Loas), o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido por considerar possível revisão do que decidido naquela ação direta, em razão da defasagem do critério caracterizador da miserabilidade contido na mencionada norma. Assim, ao exercer novo juízo sobre a matéria e, em face do que decidido no julgamento do RE 567985/MT e do RE 580963/PR, confirmou a inconstitucionalidade do: a) § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que estabelece a renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo para a concessão de benefício a idosos ou deficientes e; b) parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) [“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social - Loas. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”]. [...] Asseverou-se que o critério legal de “renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo” estaria defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Destacou-se que, a partir de 1998, data de julgamento da mencionada ADI, outras normas assistenciais foram editadas, com critérios mais elásticos, a sugerir que o legislador estaria a reinterpretar o art. 203, V, da CF [...]. Aduziu-se ser possível que o STF, via julgamento da presente reclamação, pudesse revisar o que decidido na ADI 1232/DF e exercer nova compreensão sobre a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Obtemperou-se que, hodiernamente, o STF disporia de técnicas diversificadas de decisão para enfrentar problemas de omissão inconstitucional. Se fosse julgada hoje, a norma questionada na ADI 1232/DF poderia ter interpretação diversa, sem necessidade de se adotar posturas de autocontenção por parte da Corte, como ocorrera naquele caso. Frisou-se que, no atual contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais teriam trazido critérios econômicos mais generosos, com conseqüente aumento do valor padrão da renda familiar per capita. Consignou-se a inconstitucionalidade superveniente do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da Loas. Tratar-se-ia de inconstitucionalidade resultante de processo de inconstitucionalização em face de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado). Pontuou-se a necessidade de se legislar a matéria de forma a compor um sistema consistente e coerente, a fim de se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja conseqüência mais óbvia seria o tratamento anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de

assistência social. [...]. (Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.4.2013. (Rcl-4374). (Grifamos).

Com efeito, se percebe que o STF na nova decisão - com base no mesmo texto constitucional - além de não se utilizar meramente do elemento gramatical da interpretação, postura nova esta que pode ser classificada como uma “parcialidade positiva”⁸⁸, afastou-se das opiniões prévias sobre o contexto econômico e social que fundamentaram a decisão anterior e através de uma *hermenêutica reflexiva* na matéria considerando, para uma nova pré-compreensão e fusão de horizontes, as notórias mudanças fáticas e jurídicas que influenciam o contexto do julgado exercendo, assim, uma nova compreensão sobre o conceito constitucional de *miserabilidade*.

Como se pode perceber com a inconstitucionalidade do conceito de miserabilidade dado pela LOAS, foi manifesta a evolução jurisprudencial do STF na realização da justiça social e a concretização da cidadania social existencial. A adoção de uma reflexão para abrir os horizontes da interpretação contribuiu para a incidência de uma postura teórica mais evolutiva da dignidade da pessoa humana e da *cidadania social existencial*.

3.3.4 Meio ambiente ecologicamente equilibrado

Já destacamos que as cidadanias (direitos do homem) ainda continuam em plena evolução e a *cidadania ecológica*, que, segundo Bobbio, é a reivindicação mais importante dos direitos de terceira geração (2004, p. 5), está também dentro deste processo de surgimento de novos direitos consubstanciando, assim, uma cidadania ecológica. De acordo com Birnfeld a *cidadania ecológica é composta por ações e abstenções destinadas a manter a incolumidade dos fatores da natureza que*

⁸⁸ A “parcialidade positiva do juiz” (ver: SOUZA, Artur Cêzar. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social.** In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar.** Florianópolis: Conselho editorial. Página 329-361) “tem por finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal. (p. 352). Afinal [...] Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a realização desses fins e a execução dessas tarefas também hão de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal. [...] (p. 353).

contribuem para a manutenção da vida (2006, p. 11)⁸⁹.

A proteção do meio ambiente se converteu atualmente numa das principais tarefas do Estado (HESSE, 2013, p. 51). Diante da especificidade deste direito, a doutrina especializada já avançou em temáticas, entre outras, como Estado de direito ambiental, Justiça ambiental e dano ambiental na busca da mudança deste estado coisas ambiental⁹⁰.

Segundo Leite e Ayala (2012, p. 226) o *Estado de Direito Ambiental* constitui um conceito de cunho teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano. O descriminem do Estado de Direito Ambiental em relação ao Estado de Direito Geral está na busca de superar a visão antropocêntrica presente tradicionalmente inclusive nas teorias mais tradicionais de direito ambiental.

A justiça ambiental é entendida como um

conjunto de princípios e práticas que: - asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, decisões de políticas e programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas; - asseguram acesso

⁸⁹ Dentro do programa normativo constitucional do direito ambiental material os principais dispositivos estão no caput do art. 225 (“*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*”) e inciso VI do art. 170 (“*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*”). Portanto, a temática ambiental ordena a social e a ordem econômica. De se notar que a defesa do meio ambiente é princípio que conforma a atuação econômica. Como já destacamos segundo Eros Grau cada inciso do art. 170 é um princípio constitucional impositivo, a cumprir dupla função: (a) assegurar a todos existência digna e (b) um objetivo particular a ser alcançado possibilitando a reivindicação pela realização de políticas públicas (ambientais aqui no caso). (GRAU, 2007, p. 250).

⁹⁰ Uma das formas de construir uma *tradição* de proteção efetiva do meio ambiente é através de *sentenças transformadoras* que na proposta de Vanessa Hernandez Carpolingua é “*aquela capaz de promover a **garantia constitucional ao direito ao meio ambiente**, o qual possui em sua acepção a complexa relação – homem – sociedade – natureza; bem como aquela que tem **função educativa** e de ruptura de paradigmas, para compreender as questões ambientais de forma a sinalizar para mudanças efetivas por meio de atitudes conscientes.*” (2012, p. 130, sem grifos no original). Segunda esta autora para otimizar esta transformação de (pré)compreensão e chegar na produção de sentenças transformadoras “*A formação do juiz nos bancos universitários, nas escolas preparatórias, para a magistratura, e a exigência nos concursos públicos de uma compreensão diferenciada do meio ambiente são fatores que sinalizam para a possibilidade de mudança. (...)*” (idem, ibidem). Portanto, a especificidade das temáticas gerais do direito para o direito ambiental é altamente salubre para uma fusão de horizontes adequada do intérprete e do aplicador da norma.

justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país; - asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais, a destinação de rejeitos e a localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito; - favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso. (ACSELRAD et al, 2009, p. 41).

Por sua vez, entende-se por *injustiça ambiental* o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis (idem, ibidem).

Ainda na defesa da especialidade deste direito o *dano ambiental* significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados **meio ambiente**, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na **saúde** das pessoas e em seus interesses. (LEITE;AYALA, 2014, p. 98). Portanto, uma das características do moderno dano ambiental é a sua íntima relação com o direito à saúde, também conteúdo da *cidadania social existencial*, ressaltando a interdependência destes direitos conformadores da dignidade da pessoa humana, o que demonstra que a cidadania ecológica além da existencialidade intrínseca ela também é um fator otimizador e concretizador das demais prestações que compõem a dignidade da pessoa humana.

É por isso que o Estado de bem-estar já esgotou o seu objeto devido a insuficiência de suas prestações, ganhando um adjetivo para ser processado como *Estar de bem-estar ambiental*. Para Portanova (2000, p. 241), o Estado de bem-estar ambiental vai exigir a radicalização da democracia "*sob os auspícios de um outro modelo de desenvolvimento que leve em conta justiça social, equilíbrio ecológico e viabilidade econômica.*"

Frente a esta dogmática a jurisprudência tem avançado na construção deste direito existencial tutelando ao máximo os seus mecanismos de proteção, efetivando inclusive criações judiciais de direitos de cidadania ecológica.

Um caso bem representativo desta inovação é o julgado do STJ no Recurso Especial nº 1.056.540-GO (Relatora: Ministra Eliana Calmon; Segunda Turma; DJ: 14/09/2009) onde ficou decidido que a responsabilidade por danos ambientais é objetiva e, como tal, não exige a comprovação de culpa, bastando a constatação do dano e do nexo de causalidade, o que é regra geral na responsabilidade ambiental. No entanto, no caso concreto em julgamento consignou, ainda, que excetuam-se à regra, dispensando a prova do nexo de causalidade, a responsabilidade de adquirente de imóvel já danificado porque, independentemente de ter sido ele ou o dono anterior o real causador dos estragos, imputa-se ao novo proprietário a responsabilidade pelos danos. Note-se que se *criou uma nova modalidade de responsabilidade* pelo risco integral sem previsão legal em uma manifesta criação judicial de direito salvo se a tradição teórica a ser filtrada é o *movimento para o direito livre* como explanamos no capítulo II desta dissertação.

Em um outro julgado no STJ no Recurso Especial nº 1.120.117 (Segunda Turma; Rel.: Eliana Calmon; Dj: 19/11/2009) onde em ação civil pública que visava indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia mediante o dano ambiental de extração ilegal de madeira da área indígena, ficou decidido que o dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. Ficou dito, ainda, que tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. E mais:

(...)

6. O direito ao pedido de **reparação de danos ambientais**, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da **imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida**, fundamental e essencial à afirmação dos povos, *independentemente de não estar expresso em texto legal*.

7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; **se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação**.

8. O dano **ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis** e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.

(Grifamos)

Neste julgado o STJ foi bem claro que a imprescritibilidade do direito advém da natureza do bem jurídico tutelado, se de direito inerente a vida a imprescritibilidade se impõe e independe de previsão legal. Ficou latente também a interdependência da cidadania ecológica com outros direitos sociais principalmente a saúde. É manifesta a criação judicial do direito ambiental neste julgado pois determinou claramente a imprescritibilidade de uma pretensão sem previsão legal se utilizando de um *topoi* argumentativo não normativo o que salta aos olhos o método tópico para solucionar o problema do caso concreto em detrimento do sistema jurídico.

Outro caso bem representativo do avanço da cidadania ecológica através da *jurisdição social existencial*, e do aporte hermenêutico aqui analisado, pode ser a divergência que existia no âmbito das Turmas da Primeira Seção no Superior Tribunal de Justiça sobre o artigo 27 artigo Código Florestal (Lei 4.771/1965)⁹¹:

Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação.

Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

A divergência instaurada foi que para a Primeira Turma na expressão “*demais formas de vegetação*” não consta a cana-de-açúcar e na Segunda Turma consta. A divergência se resolveu entre as Turmas no julgamento pela 1ª Seção nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. Nº 439.456-SP relatado pelo Ministro Zavascki (julgado em 20 de setembro de 2010; DJe: 27/04/2011), onde ficou estabelecido que a proibição do art. 27 do Código Florestal abrange a cana-de-açúcar,

⁹¹ A lei Lei 4.771/1965 foi revogada pela Lei 12.651 e o novo texto na matéria ficou com a seguinte redação: “Art. 38. É proibido o uso de fogo na vegetação, exceto nas seguintes situações: I - em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do Sisnama, para cada imóvel rural ou de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle; II - emprego da queima controlada em Unidades de Conservação, em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da Unidade de Conservação, visando ao manejo conservacionista da vegetação nativa, cujas características ecológicas estejam associadas evolutivamente à ocorrência do fogo; III - atividades de pesquisa científica vinculada a projeto de pesquisa devidamente aprovado pelos órgãos competentes e realizada por instituição de pesquisa reconhecida, mediante prévia aprovação do órgão ambiental competente do Sisnama.” Como se percebe, o legislador ampliou o rol de exceções para o uso de fogo em vegetação. Em que pese a revogação da lei que embasou o julgamento a presente pesquisa não se esgota nela pois o que está sendo demonstrado pode ser aplicado em demais casos através de um método dedutivo.

mas que sua queima só pode ser realizada mediante prévia autorização (conforme disposição do Dec. 2.661/98), resguardadas exigências constitucionais e legais inerentes à tutela ambiental. Frise-se que, em que pese a aparente solução da divergência, como não há especificações de quais são tais exigências para o licenciamento e resguardado as *exigências constitucionais*, a controvérsia aparentemente se manterá.

Mas analisando os julgados de cada turma é possível encontrar a pré-compreensão da temática ambiental e o enquadramento teórico aqui feito.

Em um dos julgados da primeira turma (REsp 294.925/SP Rel. p/ ac. Min. José Delgado, DJ 28/10/2003) assim foi ementado (grifamos):

DIREITO FLORESTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4771/65. CÓDIGO FLORESTAL E DECRETO FEDERAL 2661/98. DANO AO MEIO AMBIENTE. INEXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA DA QUEIMA DA PALHA DA CANA. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS QUEIMADAS PELO USO DE TECNOLOGIAS MODERNAS. PREVALÊNCIA DO INTERESSE ECONÔMICO. DECRETO ESTADUAL AUTORIZA A QUEIMA DA COLHEITA DA CANA. RECURSO DESPROVIDO. **1. O Direito deve ser interpretado e aplicado levando em consideração a realidade sócio-econômico a que visa regulamentar.** "In casu", não obstante o dano causado pelas queimadas, este fato deve ser sopesado com o prejuízo econômico e social que advirá com a sua proibição, incluindo-se entre estes o desemprego do trabalhador rural que dela depende para a sua subsistência. Alie-se a estas circunstâncias, a inaplicabilidade de uma tecnologia realmente eficaz que venha a substituir esta prática. **2. Do ponto de vista estritamente legal, não existe proibição expressa do uso do fogo na prática de atividades agropastoris, desde que respeitados os limites fixados em lei. O artigo 27, parágrafo único do Código Florestal proíbe apenas a queimada de florestas e vegetação nativa e não da palha da cana. O Decreto Federal 2.661/99 permite a queima da colheita da cana, de onde se pode concluir que dentro de uma interpretação harmônica das normas legais "aquilo que não está proibido é porque está permitido".**
3. Recurso especial improvido.

Diante da passividade gramatical na tutela do meio ambiente, é manifesto o universo do relator, pelo menos neste julgado, com uma pré-compreensão que culmina na vetusta tradição da *Escola Histórica do Direito* de Savigny ou da *Escola da Exegese* francesa, onde sequer motivou o uso de uma interpretação teleológica da norma, o que também era proibido por estas tradições, como demonstramos. Poder-se-ia argumentar, mais uma vez, que o relator tenha o seu horizonte passado na tradição da *teoria pura do direito* de Kelsen, como vimos, no entanto ele não

explorou se a lei legislou dentro da moldura constitucional e se o decreto regulamentou dentro da moldura legal.

Outro ponto que merece destaque no aporte hermenêutico já destacado no capítulo I, está no voto do ministro Humberto Gomes neste julgado, que ao acompanhar o relator, argumentou que “*sou neto de usineiro e fui, também, plantador de cana*”, afirmando ter muita honra de seu passado. Note-se que se tem aqui um exemplo muito claro de fusão de horizontes nos termos de Hans George Gadamer, conforme demonstramos anteriormente, e sua influência na interpretação/aplicação, bem como a necessidade de uma reflexão através do pensamento crítico dialético de Junger Hâbermas, de uma hermenêutica reflexiva. O ministro Humberto Gomes não investiga se as suas opiniões prévias são arbitrárias e muito menos, para depurar esta pré-compreensão, reflete através de um pensamento crítico dialético sobre os inúmeros estudos sobre o tema salientando, apenas, o contexto sócio-econômico de uma época passada e não analisando a questão ambiental atual.

Quanto à Segunda Turma a reflexão e e consequente fusão de horizonte é outra. No AgRg nos EDcl no REsp n. 1.094.873/SP (DJe: 17/08/2009 relator Humberto Martins), ao interpretar o parágrafo único do art. 27 do Código Florestal vigente decidiu pela impossibilidade da queima. Assim ficou ementada a decisão (grifamos):

(...)

1. Os estudos acadêmicos ilustram que a queima da palha da cana-de-açúcar causa grandes danos ambientais e que, considerando o desenvolvimento sustentado, há instrumentos e tecnologias modernos que podem substituir tal prática sem inviabilizar a atividade econômica.

2. A exceção do parágrafo único do artigo 27 da Lei n. 4.771/65 deve ser interpretada com base nos postulados jurídicos e nos modernos instrumentos de linguística, inclusive com observância – na valoração dos signos (semiótica) – da semântica, da sintaxe e da pragmática.

3. A exceção apresentada (peculiaridades locais ou regionais) tem como objetivo a compatibilização de dois valores protegidos na Constituição Federal/88: o meio ambiente e a cultura (modos de fazer). Assim, a sua interpretação não pode abranger atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ante a impossibilidade de prevalência do interesse econômico sobre a proteção ambiental quando há formas menos lesivas de exploração.

Agravo regimental improvido.

É perceptível a diferença da fundamentação na Segunda Turma do STJ. Esta ementa demonstra a preocupação no julgado em analisar com base em “*estudos*

acadêmicos”, os quais ilustram que a queima da palha da cana-de-açúcar causa grandes danos ambientais e que, ainda, considerando o desenvolvimento sustentado, há instrumentos e tecnologias modernos que podem substituir tal prática, sem inviabilizar a atividade econômica, efetivando, portanto, uma cidadania ecológica. Ou seja, o relator não se baseou apenas na sua pré-compressão para aplicar o texto da norma, buscou refletir com estudos temáticos – elementos dogmáticos na teoria estruturante de Müller, como já vimos - para, assim, gerar opiniões prévias legítimas para uma adequada fusão de horizontes diante do contexto ambiental e cidadão apresentado.

Nestes julgados a fundamentação se deu com *topois* diversos dos normativos, criando hipóteses de incidência normativa não existentes sequer implicitamente nos textos. Teoricamente pode-se enquadrá-los dentro da *teoria do direito livre* nos termos demonstrados neste trabalho.

3.3.5 Do acesso à justiça: da judicialização da cidadania social existencial

Como destaca Porto e Ustároz (2009, p. 41) a constatação de que é da essência da cidadania a garantia de que a todos será assegurado o mais amplo acesso à Justiça foi incorporada ao longo do século XX.

Portanto, a conquista do acesso a justiça é de vital importância pois a mesma é uma *cidadania social existencial* meio afinal para alcançar as demais existencialidades jurídicas, ou proibir o retrocesso da cidadania⁹², às vezes o exercício

⁹² Quanto a proibição do retrocesso social é basilar o magistério de J. J. Gomes Canotilho, cuja lição, aqui se transcreve (1998, p. 320-321): “*O princípio da **democracia econômica e social** aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do **princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana**. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis*”

desta cidadania se faz necessária diante da não-concretização da dignidade da pessoa humana, sendo inevitável a *judicialização da cidadania social existencial*.

Desta feita, está no Poder Judiciário o órgão estatal que garante o acesso a justiça na busca de realização da cidadania social existencial para evitar retrocessos. Nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. E no art. 5º, XXXV⁹³, dispõe que a lei não poderá excluir do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isso significa dizer que todos os órgãos do Poder Judiciário⁹⁴, dentro da sua competência, podem controlar os atos dos demais poderes da república, inclusive do

sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifamos).

⁹³ Segundo Marinoni (2006. p. 221) a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito significa, de uma só vez que: 1) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; 2) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI do CPC; 3) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; 4) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; 5) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; 6) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; 7) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e 8) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção. Quanto ao procedimento adequado como desmembramento do acesso a justiça, tema que interessa ao presente estudo diante da peculiaridade de determinadas demandas de cidadania, interessante artigo de Galeno Lacerda (1976, p. 164) onde desenvolve o princípio político da adequação procedimental onde deve o legislador ao textualizar sobre determinado procedimento se atentar aos aspectos subjetivo, objetivo e teleológico para adequar o procedimento e assim, através do processo, a jurisdicionado-cidadão ter acesso a uma justiça efetiva mormente pelo fato de que o procedimento adequado tem íntima relação com a razoável durável do processo, logo, inimigo da emergência de uma cidadania existencial.

⁹⁴ De acordo com a Constituição "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\).](#)"

próprio poder judiciário, bastando ocorrer uma lesão ou ameaça a direito seja por ação ou por omissão⁹⁵.

O acesso a justiça, portanto, tem uma dimensão física e uma jurídica. O acesso físico (art. 5º, LXXIV) tem como instrumentos facilitadores os juizados especiais, federais e estaduais e as defensorias públicas⁹⁶. O acesso jurídico (art. 5º, XXXV) relaciona-se com a qualidade da prestação jurisdicional (seja para a justiça social, seja para a *segurança social*)⁹⁷, afinal, de nada vale ter acesso físico a justiça sem uma resposta adequada ao caso colocada em juízo. Ou seja, a dimensão jurídica relaciona-se com o devido processo legal nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal

Um dos obstáculos ao acesso à justiça em demandas contra o poder público, principal ator na concretização da cidadania, é a histórica limitação de cognição judicial do mérito administrativo como desdobramento da separação dos poderes e sua consequente insindicabilidade da liberdade de conformação administrativa do poder executivo. No entanto, quando o gestor público se torna deficitário na realização da dignidade da pessoa humana a cognição horizontal da conveniência e oportunidade dos atos administrativos diminuem, pois ocorre a lesão o ameaça a direito fundamental. Quanto a este tema o STF por unanimidade, assentou a tese de que (grifamos):

⁹⁵ Como *instrumentos típicos* para controlar a omissão do Estado na não efetivação da cidadania o jurisdicionado dispõe do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Respectivamente, assim é o programa normativo constitucional destes instrumentos: “Art. 5º (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (...) Art. 103. (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁹⁶ Nos termos do art. 5º, Segundo o art. 134 da Constituição Federal com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014 a “Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do [inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal](#).”

⁹⁷ De se notar que é conteúdo do poder de julgar o poder de acautelar como amplamente dito pela doutrina e bem como já decidiu o STF: “Poder de cautela. Judiciário. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é insito ao Judiciário.” (ADPF 172-REF-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-6-09, Plenário, DJE de 21-8-09). Portanto, mais que um direito processual de tutela de urgência há um *direito material cautelar* que gera no Poder Judiciário o dever de além de realizar a justiça social, a concretização da *segurança social* tendo o órgão jurisdicional em mente o “*in dubio pro cidadania*”.

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da **dignidade da pessoa humana** e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes**. Plenário, 13.08.2015. DJE nº 167, divulgado em 25/08/2015.

Assim, em razão da inexistência de numerário financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e sociais voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente em *“escolhas trágicas...que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro* (voto do ministro Celso de Mello na STA 175, DJE nº 76, divulgado em 29/04/2010).

Como se percebe a fazenda pública se utiliza, além da separação dos poderes, o argumento da reserva do financeiramente possível como um *topoi* de defesa. No entanto com muita propriedade Barcelos (2011, pp 289-290) destaca que:

a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao se apurarem os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Quanto ao direito de ação Ana Paula Barcelos (2011, p. 349) destaca que embora o direito de acionar o Poder Judiciário seja considerado autônomo em relação

ao direito material deduzido em juízo, o fato é que a eficácia jurídica associada à determinada pretensão descrita, que se busca ver reconhecida no Poder Judiciário, integra, ainda que indiretamente, a noção mais geral de acesso à Justiça. Discordamos no ponto pontualmente da ilustre doutrinadora.

A eficácia jurídica da decisão judicial, conforme aqui defendemos, não tem, ainda que eventualmente, uma eficácia indireta de acesso a justiça, senão direta. A omissão dos Poderes Legislativos e Executivo abre a competência constitucional do Poder Judiciário em todas as suas instancias para criar diretamente a norma para efetivação da *cidadania social existencial*. Os direitos aqui elencados não podem ficar à mercê de um procedimento formal, mormente diante de omissões dolosas dos demais poderes.

Conforme se demonstrou neste capítulo, a dignidade, a cidadania, a justiça social, são direitos fundamentais e estão presentes em todos os elementos da Constituição o que demonstra que dentro do *programa normativo constitucional* a concretização da *cidadania social existencial* é uma regra/dever de todos poderes da República. Destarte, eventuais formalismos que impeçam o acesso à justiça para garantir a dignidade da pessoa humana não concretizam a democracia substancial, devem ser removidos.

CONCLUSÃO

É do ônus do trabalho acadêmico demonstrar e confirmar a hipótese lançada ao começo do trabalho. Relembrando, a hipótese aqui problematizada é que existem condições hermenêuticas, constitucionais e sociais para a criação judicial de direitos de cidadania.

Esta afirmação, num primeiro momento, abrangeu a demonstração de como se dá a pré-compreensão interpretativa de forma ontológica, dentro do ser. Se verificou, no primeiro capítulo, que o resultado da interpretação dos textos, a norma, é um processo complexo e que o senso comum teórico, que ainda paira no imaginário de alguns juristas, onde o legislador nos dá a norma pronta através da sua vontade, é um paradigma superado. Verificou-se, também, que não há separação entre aplicar e interpretar os textos normativos e de que o resultado hermenêutico desta atividade se dá através de um círculo hermenêutico de ir e vir nos textos que sofre forte influência da pré-compreensão do intérprete (horizonte presente) bem como da tradição (horizonte passado) social onde o mesmo está inserido. Esta fusão destes horizontes é determinante na extração da norma do texto, mormente os constitucionais devido a sua abertura semântica.

No entanto, ainda no primeiro capítulo, se demonstrou que é essencial a esta descrição hermenêutica uma complementaridade realizada pela reflexão dialética, onde as interpretações individuais formadas pelos preconceitos são expostas e confrontadas para assim evitar juízos arbitrários ou equivocados do texto interpretando. É uma imposição democrática e essencial quando se trata de textos constitucionais, pois estes possuem destinatários diversos que não o próprio intérprete. Logo, uma hermenêutica reflexiva se impõe no trato da cidadania e dos diversos direitos a ela concernentes.

Após os enfrentamentos teóricos pertinentes, se verificou que é possível e necessário uma nova abordagem do resultado da interpretação: a norma. Demonstrou-se, ainda dentro do primeiro capítulo, que quanto à sua tipologia a arquitetura normativa constitucional possui a seguinte apresentação: postulados, princípios, regras-poder, regras-direito e regras-deveres. Esta estrutura, por mais que nominalmente seja imposta pelo legislador, não pode ser determinada de forma abstrata, pois do texto ofertado pode resultar em uma dessas modalidades pois o que

vai definir o tipo normativo é o modo como o interprete aplica a dispositivo e não o , tendo em vista que este não tem como adivinhar qual seria o melhor modo de aplicabilidade no casos concreto.

Feitas estas considerações acerca do processo interpretativo, se demonstrou no segundo capítulo, como se dá a criação judicial do direito, e sua eventual separação da interpretação na busca de uma decisão justa. Verificou-se que este problema é de difícil solução, pois se faz necessário a utilização de um referencial teórico determinado para se saber se se está interpretando ou criando direito no caso concreto. Dentro da variação teórica na busca do sentido do texto, e assim extrair a norma justa, observou-se que sempre haverá um espaço de decisão do intérprete e que a busca de uma única resposta correta com base na moral é um mito, pois o resultado da interpretação, a norma, vai depender dos pressupostos do intérprete e da reflexão realizada pela dialética. Ainda no segundo capítulo se enfrentou a principal crítica feita a criação judicial do direito: o argumento democrático.

No entanto, se demonstrou que a democracia formal, e todas as suas formas, é um instrumento da democracia substancial e que esta existe para realizar os direitos fundamentais, mormente os de exigência existencial. Se observou que para que haja este diálogo entre texto constitucional e realidade social deve-se adotar um método normativo que possua no seu procedimento, além do texto jurídico, o foco no problema a ser resolvido.

Dentro do segundo capítulo, se demonstrou que apesar da inevitabilidade da criação judicial do direito esta possui limites formais, com base no devido processo legal, bem como limites materiais consubstanciados na tradição jurídica.

No terceiro capítulo, se avançou no tema da cidadania. Verificou-se que o desenvolvimento dos direitos de cidadania é um processo histórico em plena evolução e conforma o Estado e a jurisdição. Se demonstrou que dentro dos direitos de cidadania há os direitos sociais, existindo a essencialidade existencial, as quais sem elas o ser humano não existe dentro da normatividade da dignidade da pessoa humana. Elencou-se, dentro da cidadania social existencial, sem esgotar o rol destes direitos, a educação básica, a saúde básica, a assistencial social, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o acesso a justiça.

Dessa forma, diante destas condições verificou-se que a realização da cidadania é uma tarefa afeta a todos os poderes da república, e que determinado conteúdo da cidadania necessita, diante da omissão dos demais Poderes, de forte atuação do Poder Judiciário. Este, por sua vez, possui condições hermenêuticas, constitucionais bem como emergências sociais para, quando necessário, criar direitos de cidadania social existencial no caso concreto, conduzido por uma hermenêutica reflexiva, observando limites e, assim, realizar a democracia substancial. Este imperativo é uma regra-poder e regra-dever do órgão jurisdicional, pois fundar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como construir uma sociedade livre, justa e solidária, é tarefa de todos os Poderes da República do Brasil, nos termos do art. 1º, incisos II e III, bem como do art. 3º, III, da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 16ª reimpressão. 2000.

AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinária**. Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 Ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7. ed. atual. São Paulo: Renovar, 2003.

BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania Ecológica**. Pelotas: Delfos, 2006.

_____. **A Arquitetura normativa da Ordem Constitucional Brasileira**. Pelotas: Delfos, 2008.

BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. **A extrafiscalidade nos impostos brasileiros como instrumento jurídico-econômico de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado**. 2013. 299 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul, Porto Alegre, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 (reimpressão, 1999).

CARPOLINGUA, Vanessa Hernandez. **A consciência ambiental dos juízes nas Sentenças Transformadoras**. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; SERAU Jr., Marco Aurélio. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos**. São Paulo: LTr, 2014.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, trad. Nelson Boeira, 3ª ed. 3ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. trad. Jeferson Luis Camargo, Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. trad. Luis Carlos Borges, 1ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da Tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

_____. **O problema da consciência histórica**. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GONÇALVES, Péricles Antonio Fernandes. **A efemeridade das leis constitucionais brasileiras**. 1981. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis. 1981.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 12^a. Ed. 2007.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social**. Trad. De José Ignacio de Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HABERMAS, Junger. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade, V. I**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012 – reimpressão.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade, V. II**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 1 ed.. 2^a tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Significado dos Direitos Fundamentais. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A interpretação Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição e Direito Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução do alemão: Alexandre Krug, Tradução do italiano: Eduardo Brandão, Tradução do Frances: Maria Ermatina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretela. – 9 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LACERDA, Galeno. **O Código como Sistema legal de Adequação do Processo.** Em: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciencia do Direito.** Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

_____. **Metodologia da Ciencia do Direito.** Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Ed. RT, n. 22, p. 141-159, 1998.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: critica histórica e perspectivas para o terceiro milênio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3 ed revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público.** 2. ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

_____. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição. 3 ed revista, atualizada e ampliada.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação Jurídica e criação judicial do Direito: De Savigny a Friedrich Müller.** Curitiba: Juruá. 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria Estruturante do Direito.** 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo valorativo.** 4. ed. Revista, atualizada e au e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. _____ . **Teoria e prática da tutela jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORTANOVA, Rogério Silva. **Meio ambiente, direitos humanos e sustentabilidade: a construção de um novo paradigma.** Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Maite Cecília Fabri Moro, Jerônimo Siqueira Tybush, Frederico da Costa Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Página 377-400.

_____. **Qual o papel do Estado no século XXI Rumo ao estado de bem-estar ambiental?** in LEITE, José Rubens Morato (org.). Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000, 253 p. PORTO, Sergio Gilberto. USTARROZ, Daniel. Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual na Constituição federal. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

- SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social**. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conselho editorial. Página 329-361.
- STEIN, Ernildo. **Dialética e hermenêutica: Uma controvérsia sobre método e filosofia**. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Tradução: Álvaro L.M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social e outros escritos. Tradução de Rolando Roque da Silva. 13a Ed. São Paulo: Cultrix, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- WARAT, Luiz Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Revista Sequência, Santa Catarina, v. 3, n. 5, 1982.
- WEBER, Cristiano; HÜNING, Liane Francisca; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Democracia, participação e deliberação nos Conselhos Municipais de Meio Ambiente**. Revista Síntese de Direito Ambiental, São Paulo, v. 5, n. 25, p. 52-68, maio/jun., 2015.
- WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão jurídica das conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____ ; MELO, Milena Petters (organizadores). **Constitucionalismo latinoamericano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____ ; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico em América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. 294 PP.
- _____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed revista e atualizada. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____ ; VERAS NETO, Francisco Quintanilha, LIXA, Ivone M.(organizadores) **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.** São Paulo: Saraiva, 2010.