

Processo, hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades

Process, hermeneutics and integrity of right:
dworkian's theses in the combat of decisionism and discretionarity

Cristiano Becker Isaia

UNIFRA/RS e UNISINOS/RS. Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Conferencista da Escola Superior da Advocacia - ESA/RS. Diplomado pela Escola Superior da Magistratura - AJURIS/RS. Advogado. e-mail: cbisaia@terra.com.br

Resumo: Se o novo texto constitucional efetivamente procura romper com o modelo de Estado e de Direito liberal-individualista-normativista (que ainda sobrevive), conferindo à Constituição a base de toda a juridicidade e a função garantidora dos direitos humanos na promoção dos direitos sociais, torna-se relevante, em tempos de resistência positivista (tendo-se ainda em vista que no Brasil as promessas do Estado social não se realizaram, tendo sido aproveitadas somente pelas elites), perquirir acerca do papel do judiciário diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, notadamente no que tange à blindagem a decisionismos e discricionariedades.

Palavras-Chave: 1. Estado Democrático de Direito 2. atuação jurisdicional. 3. resistência positivista. 4. integridade

Abstract: If the new constitutional text effectively seeks to break through with the liberal-individualist-normativist model of State and Law (that still survives), conferring to the Constitution the basis of all legal system and the function to guarantee the human rights in the promotion of social rights, it became relevant, in positivist resistance era, taking into account that in Brazil the promises of the Welfare State are not reality (realized only for the elites), to seek about the role of the judiciary in face of the paradigm set up by the Democratic State of Law, especially in relation to decisionisms and discretionarities.

Key-words: 1. Democratic State of Law. 2. jurisdictional acting. 3. positivist resistance. 4. integrity.

Introdução

Os pesquisadores da seara da filosofia jurídica, em geral, já vêm alertando há bastante tempo sobre o fato de que a resistência positivista mantém os operadores do direito como reféns de um paradigma interpretativo que idolatra a supremacia das regras em detrimento de princípios constitucionais, o que torna ainda mais dificultosa a missão do Estado de espectro democrático de direito. Efetivamente, se a Constituição

necessita ser compreendida para ser interpretada, sua aplicação depende da realização, por parte dos juízes, do *processo hermenêutico*.

É chegada a hora, assim, de se (re)discutir as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia. Nesse sentido, a gênese conteudística da formação estatal estampada pela forma democrática de direito é fruto de uma série de conquistas que, ao longo dos anos, se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecer-los – os direitos individuais e coletivos, concentrando-se nos movimentos sociais. A preocupação dessa modalidade estatal é para com os interesses difusos referentes a coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados (CAMPILONGO, 2005, p. 34.), os quais exigem uma nova postura da atividade jurisdicional, até mesmo porque a referida modalidade estatal assenta-se na democracia e nos direitos fundamentais. Disso depende-se que:

[...] a multiplicação de “novos atores sociais”, envolve também o alargamento dos objetos de tutela jurídica e, mais do que isso, a explosão de uma conflituosidade social que, sem perder de vista o confronto trabalho/capital, assume muitas vezes facetas multipolares e dificilmente enquadráveis na rígida moldura normativista (Idem, *ibidem*, p. 37).

Isso se deve ao fato de que ao prognóstico da legalidade o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da *busca pela igualdade da comunidade*, fazendo-o por meio de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade, aliada a um sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos que vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. O adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de Direito meramente formal a um Estado que estampa concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade (REALE, 1998). É justamente por isso que a proposta da referida modalidade estatal ultrapassa a formulação liberal e social de direito, consistindo-se, para Bolzan de Moraes e Lenio Streck, num *plus* normativo em relação às formulações anteriores (BOLZAN DE MORAIS & STRECK, 2008, p. 99).

Se o modelo liberal, após sua formalização à plataforma legal, se constituiu Estado de Direito, tendo a lei como ordem geral, e no espectro social de direito agregou-se ao Estado um ideário prestacional-interventivo, em que a lei passou a ser instrumento de implementação das promessas, no perfil democrático de direito dá-se o surgimento de uma nova roupagem, colorida pela questão da *igualdade*, que pretende ser

instrumento de transformação da realidade para inserir à gênese liberal e à questão social o “asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” (idem, *ibidem*, p. 104.), por meio de um projeto solidário.

Dessa forma, no intuito de um *constituir da sociedade*, a jurisdição passa (deveria passar) a ser a verdadeira condição de possibilidade para a implementação da chamada *questão social*, no interior da qual o Direito adjudica um papel de transformação social, superando o próprio modelo de Estado social (STRECK, 2004, p. 03). Isso será realizado a partir da participação do judiciário na concretização dos anseios da sociedade, momento em que cabe ao mesmo “garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática” (Cf. OHLWEILER, *apud*: SARLET, TIMM et al., 2008, p. 339).

Tal se justifica ante ao fato de que, diante da nova roupagem social da qual faz parte a referida modalidade estatal, demonstrou-se a necessidade de um “redimensionar” das funções classicamente atribuídas aos poderes públicos da forma como isso se estruturou no Estado liberal, o que leva ao problema do cometimento de decisionismos e discricionariedades, posturas incompatíveis com a plataforma estampada pelo Estado Democrático de Direito.

1. O decisionismo jurisdicional na roupagem da subsunção e da ponderação

Seja diante da perda de exclusividade no exercício das funções estatais, seja em razão das modificações sofridas pela sociedade (em função da complexidade da sociedade contemporânea), a plataforma político-jurídica do Estado Democrático de Direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário, retomando, por que não, a *unidade* perdida. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais.

Tal atuação significa uma necessária invasão, pelo judiciário, nas competências dos poderes legislativo e executivo (tema que retrata nitidamente o embate entre procedimentalistas e substancialistas), profanando o princípio democrático da separação dos poderes, que encontra raízes na perspectiva liberal. Esta, ao hipostasiar o indivíduo, se pensada à luz dos ditames instituídos pelo constitucionalismo presente no Estado Democrático de Direito, caminha de encontro ao alcance da democracia contem-

porânea que, a partir de uma atuação judicial transformadora da realidade, é calcada no prisma substancial, por meio de uma postura promocional-prestacional.

É com base nisso que, diante da constatação de que no Estado de feição liberal há uma dupla dimensão estabelecida entre princípio democrático de um lado e função de garantia de outro, pode-se afirmar que a jurisdição do referido modelo possui caráter eminentemente reprodutivo da atividade legislativa, não invadindo, portanto, a atuação dos demais poderes (MORAIS, 2002, p. 314-315), características que não se fizeram presentes (ao menos com tamanha intensidade), na segunda (social) e terceira (social-democrática) modalidades estatais de Direito. O fato é que no Estado de feição liberal há, a partir da separação dos poderes e funções estatais, como ensina Lenio Streck, um verdadeiro “bloqueio” dos poderes do Estado, os quais deveriam ser controlados pela Constituição (que estrutura o próprio princípio separatista e das garantias dos indivíduos)¹.

Todavia, diante das discrepâncias geradas pelo capitalismo (modelo econômico do liberalismo), surge a necessidade na regulação/promoção das leis de comércio e de economia de mercado, momento em que aparece a chamada *questão social*, tornando-se o ponto central do Estado de espectro social. No entanto, particularmente a partir do segundo pós-guerra, aflora a hermenêutica da transformação do *status quo*, haja vista que alguns países passaram a colocar em seus textos constitucionais mecanismos e valores que levam o Direito a uma condição jamais antevista, ou seja, como instrumento de luta e de transformação da realidade (Cf. STRECK, *Op. cit.*, p. 104-106.). Tal também se justifica porque,

[...] es posible en muchas ocasiones traducir una política - v. gr. la protección del interés público - en términos de derechos - v. gr. los derechos de los individuos que conforman la mayoría de la comunidad -, y viceversa. De otro lado, los derechos de segunda generación consagrados en las constituciones del Estado social - como lo han señalado Habermas e Teubner - son el resultado de una mezcla entre principios y políticas. De hecho, es posible concebir estos derechos - v. gr. el derecho a la vivienda o a la salud - como una juridización de estándares que en el Estado liberal funcionaban como políticas dependientes del buen funcionamiento de la economía. La juridización implica la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que consagran estos derechos; el juez, en estas circunstancias, debe tener en cuenta necesariamente argumentos de políticas - *policies* -, como los

¹ É justamente por isso, particularizadamente em relação ao Brasil, que Bolzan de Moraes afirma: “essa impotência histórica do Poder Judiciário em impor-se dentro do quadro institucional do País como um efetivo guardião e realizador dos projetos constitucionais deve-se, em grande parte, a sua dependência política em relação ao Poder Executivo, órgão que em toda história constitucional teve a atribuição da indicação dos membros de nossa Corte máxima”. *Idem*, *ibidem*, p. 330.

efectos de la protección de un derecho en la marcha de la economía (RODRIGUEZ, 1997, p. 79).

Mesmo diante de todas essas transformações e do ideário presente no Estado de feição democrática de direito, a resistência positivista mantém-se fortemente atuante no mundo jurídico (para tanto, basta perceber a contínua utilização, pelos professores da área jurídica, de manuais, códigos comentados, Constituição “esquemática”, etc.), o qual ainda continua a crer num modelo subsuntivo-dedutivista em dizer o direito, que ao plenipotencializar a regra incorre na mesma ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história.

Tal mundo jurídico permite, assim, através de seus operadores, que o juiz faça a “melhor” escolha, por meio de uma “melhor” interpretação, ignorando os espectros formal e material da Constituição. Dessa forma o Judiciário, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, de economia globalizada e de interesses supra-individuais, corre o risco de continuar a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre *sujeitos iguais*, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia, permanecendo, como refere Cezar Lucas, a administrar “os conflitos sociais da mesma forma que protegia a propriedade e a liberdade no séc. XVIII, isto é, racionalizando e institucionalizando os conflitos em vez de enfrentá-los com suas complexidades” (Cf.. LUCAS, 2005, p. 188).

Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no exercício da jurisdição – que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar (!) –, tendo como uma de suas bases de sustentação justamente a admissão da discricionariedade e de decisionismos, ignorando o fato de que os textos não são plenipotenciários. Se as posturas positivistas propõem como “método” interpretativo a figura da subsunção, em que o juiz num processo lógico-dedutivo “lavaria as mãos” na aplicação do Direito ao caso concreto, subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico ao referido caso, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito ainda se apostam em subsunções, ponderações² e interpreta-

² Um exemplo nítido da utilização da ponderação como técnica argumentativa ocorreu no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do caso *Ellwanger*, do qual inteligentemente fez crítica Marcelo Cattoni. Segundo Cattoni, em tal julgamento procurou-se argumentar que uma série de publicações, de natureza anti-semita, levadas a cabo por aquele editor, embora fossem reconhecidamente discriminatórias aos judeus, não poderiam ser consideradas racistas. E, em sendo assim, por não se tratar de crime de racismo, art. 20, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, e Constituição da República, art. 5.º, XLII, o crime já estaria prescrito, ense-

ções calcadas em procedimentos.

A prova maior disso está, por exemplo, em Alexy (especialmente na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, 2005), que, como forma de evitar a possibilidade da prática de qualquer atitude discricionária pelo intérprete, socorre-se aos princípios, seguindo a onda interpretativa do segundo pós-guerra, em que se evidenciaram as insuficiências do monopólio da lei como norte para a aplicação do Direito, até mesmo porque os textos constitucionais deste período passam a se assentar em princípios e não mais em regras. Nesse diapasão, os princípios, segundo Lenio Streck, “passariam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases anteriores do Estado e do Direito” (Cf. STRECK,, 2007, p. 176).

Todavia, a teoria de Alexy acaba por retornar ao problema da discricionariedade (e ao positivismo por consequência) quando elege a ponderação como o método aplicável na ocorrência dos casos denominados *diffceis*. O retorno à discricionariedade está no problema que circunda qual princípio deve o intérprete aplicar na solução do referido caso (difícil), lembrando que para Alexy os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. É justamente por isso que o método da ponderação trabalha com uma atitude de sopesamento (escolha) do princípio a ser aplicado ao caso concreto,

jando a concessão do HC. Para o autor, no referido julgado, alguns Ministros do STF procuraram compreender o caso a partir de uma suposta colisão entre valores, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, solucionável a partir da técnica da ponderação, apresentando uma solução objetiva, justificável, para o caso, de acordo com os fins ou valores a serem realizados, na maior medida possível, pela decisão a ser tomada. Dessa forma, relata Cattoni que, refletindo o posicionamento majoritário, o Min. Gilmar Mendes procurou dar seguimento aos princípios da dignidade humana e da liberdade de expressão como se fossem valores, hierarquizando-os, em face do caso, segundo o entendimento de que se tratava de uma violação, proporcionalmente injustificável, da dignidade humana, pelo exercício da liberdade de expressão. Continua o autor a referir que, no entendimento do supracitado Ministro, a dignidade humana seria, não somente *prima facie*, também mas em definitivo, um valor superior à liberdade de expressão e, ao contrário, pois, de se reconhecer, em toda a sua extensão a liberdade de expressão, a não-concessão do HC levaria à manutenção da condenação por crime de racismo e à conseqüente censura às publicações discriminatórias, decisão que na maior medida alcançaria a promoção da democracia, do bem-estar e de uma cultura pluralista, já que, assim, melhor se estaria coibindo a intolerância social. A crítica à referida postura se sustenta no dilema questionado por Cattoni: como uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Para o autor, tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de um modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo. Cf. CATTONI, 2007, p. 113-126.

deixando (continuando a deixar, como o fez o positivismo) essa escolha ao intérprete (do caso concreto): o juiz. Por consequência, se são os princípios hierarquizados axiologicamente, é justamente a atividade subjetiva do intérprete que irá definir qual princípio deve e qual não deve ser aplicado, atitude esta incontável a partir de uma racionalidade e incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse particular, a teoria da argumentação jurídica de Alexy articula os princípios como mandados de otimização, ou seja, como “regras” destinadas à estruturação de outras regras que, além de atuarem em verdadeira abertura interpretativa, utilizam-se do princípio da proporcionalidade como o método fulcral de solução aos famigerados *casos difíceis*. Veja-se que para Humberto Ávila, seguidor de Alexy, a proporcionalidade, que deixaria de ser um princípio e passaria a ser uma metanorma, tem aplicabilidade “nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível” (ÁVILA, 2004, p. 112-123), em que a “exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (idem, *ibidem*).

Todavia, no que consiste um meio ou fim concretamente perceptível? Fica claro que é o intérprete quem irá escolher o melhor dentre os possíveis, o que retoma, da mesma forma, o problema da discricionariedade, que encontra na tese dworkiniana uma nova concepção, o que se passa a enfrentar.

2. Hermenêutica e integridade do direito: a tese dworkiniana no combate a decisionismos e discricionariedades

A tentativa de superação da discricionariedade somente será proposta por Dworkin, ainda que este mantenha a cisão entre casos fáceis e difíceis³, mas para quem as partes em um processo têm direito a obter uma solução (que Dworkin denominará de *resposta correta*) em acordo com o ordenamento jurídico pré-existente por meio da utilização dos princípios vigentes em tal ordenamento (idem, *ibidem*, p. 35-37).

Dessa forma, a distinção (não-cisão) entre princípios e regras será fundamental para que Dworkin negue a possibilidade da prática de decisionismos ou discricionariedades na órbita jurisdicional no Estado Democrático de Direito, sustentando que enquanto as regras operam no sistema *tudo ou nada* – cuja incidência (da regra) está con-

³ Para Dworkin, haverá um caso difícil quando os fatos e as normas relevantes permitem mais de uma solução pelo sistema jurídico composto por regras e princípios (RODRÍGUEZ, 1997, *Op. cit.*, p. 68).

dicionada à possibilidade de que os fatos previstos por uma regra se façam presentes –, os princípios, que estariam por detrás de todas as regras, não seguiriam essa lógica, podendo se manter vigentes, mesmo que não haja um nexo direto entre os fatos e a suposta conclusão jurídica àquele caso concreto (idem, ibidem, p. 49-50.)

O referido raciocínio é perfeitamente aliável à concepção jurisdicional presente no Estado Democrático de Direito, diante da profunda intervenção do Poder Judiciário na realização das promessas sociais constitucionais (consecução das políticas públicas), tornando-se a verdadeira condição de possibilidade para a reescrita da democracia a partir do deslocamento (no contexto Constitucional) da concepção formal para substancial, o que, para Ferrajoli, implica equipará-la ao Estado de Direito, refletindo os interesses de todos (Cf. FERRAJOLI, 2001). Assim, se no Estado de feição democrática o Direito passa a ser transformador da realidade, impõe que se (re)pense a atividade jurisdicional nesta modalidade estatal, especialmente no que se refere às decisões judiciais, para além da hipostasiação no apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição de direitos dos cidadãos (MORAIS, *Op. cit.*, p. 322), a partir de uma atitude ativa não-discrecional na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, atuando o juiz como um construtor do equilíbrio entre interesses supra-individuais (idem, ibidem), angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais numa plataforma que almeje superar a crise epistemológica pelo qual atravessa o direito e, conseqüentemente, a jurisdição. Com efeito, leciona Cezar Lucas:

A crise da Jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, bem como não é apta a tomar decisões que garantam o futuro (LUCAS, *Op. cit.*, p. 193).

A atividade interpretativa no Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com *sua* “vontade”, “experiência”, etc., interpretando para “descobrir” o conteúdo da norma, extraindo o “significado ideal” do texto. Em seu lugar, impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao Poder Judiciário e integridade ao Direito (STRECK, *Op. cit.*, p. 272), ciente de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental, que é condição de possibilidade para o funcionamento do Estado de feição democrática de direito, incompatível com qualquer espécie de discricionariedade (positivista) ou decisionismo.

É por isso que o Direito assume um novo papel diante da referida modalidade estatal, representado pela relação entre jurisdição e legislação (política), o que leva à constatação de que realmente “a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofamento em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e social (configuração social das condições de vida)” (STRECK, *Op. cit.*, p. 107).

Em vez de uma prática subsuntivo-dedutiva e de um agir que fomenta a ponderação do valor do direito ao obnubilarem a singularidade do caso concreto – realizando a prática da arbitrariedade e da discricionariedade –, impõe-se ao Poder Judiciário uma atuação que rumo à coerência e integridade necessárias para assegurar uma condição de igualdade aos casos submetidos a seu crivo, seja os que se referem à solução de conflitos individuais, seja os de ordem social. Isso somente será possível quando os “operadores” do Direito (que não acompanharam o giro linguístico ontológico na filosofia) se derem conta – a hermenêutica jurídica terá um papel fundamental neste desvelamento – de que os sentidos não estão nos textos legais, mas são inseridos pelo intérprete, o qual, numa linguagem gadameriana, “norma” o texto a partir de sua pré-compreensão (aqui, da Constituição) e de sua condição de ser-no-mundo, não olvidando, em momento algum, para se chegar à coerência do Poder Judiciário e à integridade do Direito, em respeitar o próprio texto, “ao qual deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob sua análise” (STRECK, *Op. cit.*, p. 324).

É justamente nesse ponto que a hermenêutica filosófica assume um papel de extrema importância no discurso jurídico, até mesmo porque seu mote central relaciona-se com a busca da compreensão de algo, com o processo de tornar compreensível um texto, um gesto, etc., aproximando através da linguagem – que é condição de possibilidade – o sujeito cognoscente – que não instaura, mas é instaurado (MOREIRA FILHO, 2006, p. 84) do objeto investigado. As influências da hermenêutica filosófica no direito revelam-se, nesse norte, pela tentativa de libertação do pensamento jurídico apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano, rompendo, por assim, com os parâmetros da hermenêutica clássica ao instigar a igual alforria (o que não é nada fácil) do Direito do paradigma metafísico-positivista.

Pretende fazê-lo através das noções de tradição, história efetual, linguagem, faticidade (razão prática) e modo-de-ser-no-mundo, vetores filosóficos da ontologia fundamental de Martin Heidegger (1889-1976), que abordou a atividade humana em sua relação com o mundo; e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (1900-

2002), a partir da hermenêutica da faticidade, legando o sustentáculo filosófico sobre a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa.

É importante que se diga que a hermenêutica filosófica, quando recepcionada no Direito (o que ainda é um lento processo), tem a missão, por meio dos referidos vetores, de romper com a plenipotenciariade da regra e do modo de aplicação reprodutivo do direito, conferindo ao texto constitucional um *status* diferenciado no sistema. A partir de uma interpretação jurídica que *se aproxima de uma realidade social*, a mesma fomenta a necessidade de encontrar a resposta (constitucionalmente) adequada para cada caso concreto a partir do des-velamento (*alétheia*)⁵ do *ser* (sentido) da Constituição e da atuação jurisdicional na apreciação (compreensão) das microscópicas parcelas de história (*lide*) submetidas a seu crivo.

Trata-se, como afirma Castanheira Neves, de decidir com vistas à pragmática função de resolver o conflito ou problema presente na situação concreta que se deve solucionar juridicamente (apud: MOREIRA FILHO, *Op. cit.*, p. 86). Urge, assim, que se busque uma jurisdição *apta* a contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente democrático, que possibilite a efetividade da Constituição como uma forma *apta* a constituir o resgate dos direitos fundamentais e da democracia.

Nesse particular, no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, todas as possibilidades de decisionismos (positivista) e de discricionariedades devem, obrigatoriamente, dar lugar à percepção integrativa do Direito, o que exige sua aplicação de forma coerente com as regras, princípios e decisões judiciais pré-existentes no contexto donde se está a dizê-lo⁶, blindando a possibilidade da emissão de decisões em conformidade com a “íntima convicção” do julgador, tese que, por outras palavras e significados, encontrará guarida em Dworkin, na obra *O império do Direito* (DWORKIN, 1999). Para Dworkin, o Direito como integridade irá rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no, porquanto devem atuar a partir do pressuposto de que direitos e deveres legais foram criados pela comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, em que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal” (*idem, ibidem*, p. 271-272.).

⁵ Para Heidegger deve-se traduzir a palavra *alétheia* por “desvelamento”, em lugar de “verdade”, pois essa tradução não é somente literal, mas compreende a indicação de repensar originalmente a noção corrente de verdade como conformidade de enunciação, no sentido, ainda incompreendido, do caráter do *ser* desvelado e do desvelamento do *ente* (HEIDEGGER, 2002, Parte I, p. 187).

⁶ Cf. STRECK, *Op. cit.*, p. 334.

Respeitando a história, preocupando-se em oferecer um futuro honrado, o direito nesta perspectiva se mostra a antítese da postura decisionista ou discricionária jurisdicional, deplorando “o antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’” (idem, *ibidem*, p. 274), ou seja, de que os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, por meio da linguagem. Diante disso, sustenta um verdadeiro rompante ao método interpretativo-aplicativo verificável nas posturas positivistas jurídicas, caracterizadoras do modelo jurisdicional do Estado de feição liberal, onde a atividade de dizer o direito revela-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, o que subtrai do Poder Judiciário qualquer possibilidade que refuja à proteção dos direitos individuais, relegando as questões sociais a um segundo plano.

Rechaçando o método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do direito e a possibilidade da “melhor escolha” entre uma “gama de possibilidades”⁷ (agir discricionário), o Direito enquanto integridade, diante do Estado Democrático de Direito, a partir dos princípios constitucionais, pretende superar a plenipotenciariade da regra que se apresenta no modelo de direito (positivista jurídico) e o Estado liberal-individualista, para o qual o texto contém todas as hipóteses aplicativas. Assim, acaba

[...] ficando à ‘disposição’ da solipsidade do intérprete, permitindo que este adjudique sentidos em total descompasso com os elementos trazidos pela tradição e pela cultura, que estabelecem, por exemplo, no nosso modo prático de ser no mundo, os limites semânticos de cada texto (STRECK, 2008, p. 284).

O agir jurisdicional na referida modalidade estatal exige uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do Direito, o que implica a construção da atividade jurisdicional a partir da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões precedentes de dada matéria. É assim que o Direito, como leciona Vera Karam de Chueiri, recuperará a sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social (CHUEIRI, 1995, p. 164). A referida perspectiva fomenta um rompante com o positivismo jurídico.

Para Dworkin (conceito que se busca emprestado para definir a gênese da atuação estatal-jurisdicional no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito) o Direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência

⁷ Sobre a tese da “melhor” interpretação, em antítese ao pensamento dworkiniano, consultar FREITAS, 2005, p. 324 e segs.).

principiológica que refuja ao ideário das concepções⁸ convencionalistas ou pragmatis-
tas do direito, não desprezando os ideais de equidade (*fairness*), da justiça (*justice*) e do
devido processo legal (*procedure due process*), exigindo uma atuação estatal coerente de
princípios. Dessa forma a referida perspectiva negará que as manifestações do Direito
sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de
futuro (tese pragmatista), até mesmo porque as posições interpretativas oriundas da
tese dworkiniana funcionam numa espécie de simbiose entre as posições que se voltam
ao passado e as que se voltam ao futuro (Cf. FERNANDES & PEDRON, 2008, p. 209-210).

A tese dworkiniana do direito enquanto integridade tem em sua plataforma
estrutural o respeito à história, mas não a uma história que leve o agir jurídico a algo
em desuso. O historicismo da tese se sustenta quando o ato interpretativo é pensado no
presente, retornando ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim
exija (DWORKIN, *Op. cit.*, p. 274). É por isso que a prática jurídica pode ser organizada e
justificada por princípios suficientemente atraentes que almejem um futuro digno ao
Direito (*idem, ibidem.*). O fato é que Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, respei-
ta o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e à ficcional imunidade
do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando da trata da interpretação
jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por
uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para
escrever um novo capítulo. Assim é o Direito. Assim é a atividade jurisdicional sob a
tese da integridade do Direito.

Por ela os juízes sabem (ou deveriam saber) que outros juízes decidiram casos
afins àquele submetido agora em juízo, devendo “considerar as decisões deles como
parte de uma longa história que têm de interpretar e continuar” (*idem, ibidem*, p. 286).
Daí que o assistencialismo presente no agir jurisdicional diante da inserção da *questão
social*, notadamente a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra, implica, no
Estado Democrático de Direito, uma atuação a partir dos pilares da coerência e da inte-

⁸ Para o convencionalismo o direito só irá se legitimar quando sustentado por uma decisão polí-
tica do passado, que promova o consenso entre os juristas, podendo ser reduzida à obediência e
ao respeito às convenções pretéritas. Em caso de anomia, o juiz estaria habilitado a criar o Direi-
to ou a valer-se de seu poder discricionário. Logo, para o convencionalismo não existe direito a
não ser o extraído de decisões por meio de técnicas referentes a questões de convenção. Para o
pragmatismo, o direito seria fruto da criação do judiciário. Dessa forma, para o pragmatismo, as
pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final, deve se revelar a
melhor para a comunidade como um todo, o que habilita o juiz a se desvincular de toda e qual-
quer decisão política do passado, aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Para maiores
aprofundamentos sobre ambas as percepções sobre o Direito consultar: DWORKIN, 1999, p. 185
e segs.; FERNANDES & PEDRON, 2008, p. 207 e segs.).

gridade, os quais acabam por blindar práticas decisionistas ou discricionárias, funcionando como um elemento de promoção da vida moral e política dos cidadãos, em que a política ganhará um significado mais amplo, transformando-se “numa arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem presupor” (Idem, *ibidem*, p. 211).

Assim, ante a resistência da postura liberal-interpretativa – o que se verifica por meio da contínua prática do método subsuntivo no momento da aplicação do Direito pela utilização (sem interpretação) mecânica da lei –, pensar o Direito diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito leva a profanar o sentido comum teórico que se sacralizou no imaginário dos juristas, fomentando um diálogo com a história a partir da tradição, em que o Direito funcione como produto coletivo de uma determinada sociedade em sua complexidade (DWORKIAN, 1999, p. 217), o que significa, noutras palavras, que o Judiciário, não numa forma solipsista, deve atuar como guardião das orientações da vida em sociedade. Disso se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional que proporcione o fortalecimento (coerente) da Constituição, a partir da aplicação dos princípios constitucionais, da filtragem hermenêutico-constitucional e de uma interpretação conforme a Constituição, ferramentas que se demonstram aptas a prestar guarida aos direitos fundamentais e à democracia, pilas do Estado de feição democrática de Direito.

Conclusão

O presente artigo propôs pensar a prática jurisdicional verificável a partir da evolução do Estado contemporâneo, afinal de contas é chegada a hora de se (re)discutir quais as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia, nem que para tanto se tenha que profanar a imagem de um Estado que se sacralizou perante a cultura jurídica, tanto da cátedra quanto da práxis. Nesse contexto é que se pensou a atividade jurisdicional diante da evolução do próprio Estado, pelo que se pôde perceber que, em pleno paradigma instituído pelo Estado de feição democrática de direito, ainda se mostram presentes, como herança das práticas jurisdicionais das modalidades estatais liberal e social, práticas de ordem decisionista e discricionária na solução de conflitos eminentemente individuais.

Dessa forma o Judiciário, em tempos de economia globalizada e interesses su-

pra-individuais, continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios diante do movimento constitucionalista do século 20. Pensar a atividade jurisdicional nesse século é pensar a Jurisdição como guardião dos direitos difusos e coletivos próprios da plataforma social, o que impõe que as decisões busquem, tanto quanto possível, atingir um máximo grau de coerência (jurisdicional) e integridade (do direito).

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6 ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

_____. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito, in: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2007.

_____. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n.º 6. Porto Alegre: IHJ, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CATTONI, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J. M., 1995.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta, in: Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada, in: MORAIS, José Luiz Bolzan (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, in: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRÍGUEZ, Cezar. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, in: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti [et al]. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.