

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

ANDRÉ PARMO FOLLONI

RICARDO DOS REIS SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: André Parmo Folloni, Julia Maurmann Ximenes, Ricardo Dos Reis Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-290-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

Apresentação

Entre os dias 7 e 9 de dezembro o XXV Congresso Nacional do CONPEDI ocorreu em Curitiba, com o tema Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Constituição e Democracia se reuniu em diferentes salas, e a presente apresentação trata do grupo III.

A tensão entre Direito e Política esteve presente durante as discussões, com debates sobre o momento histórico, político e constitucional brasileiro após os acontecimentos de 2016, bem como a atuação dos diferentes atores da sociedade, do campo político e do campo jurídico.

Assim, as pesquisas refletem inquietações sobre a efetivação da democracia no Brasil a partir de diferentes atores sociais: cidadão, Sindicatos, Poder Legislativo, Supremo Tribunal Federal, Ministério Público dentre outros objetos analisados.

Algumas pesquisas trataram de casos específicos, como a ADI 4429/DF, a PEC 65 e a PE 33 /2011.

As inquietações continuam mas o debate proporcionou um rico momento para a pesquisa jurídica.

Boa leitura!!!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Prof. Dr. André Parmo Folloni - PUCPR

Prof. Dr. Ricardo Dos Reis Silveira - UNAERP / UNIFEB

**O CONTRIBUTO DE RONALD DWORKIN PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA
RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA NO DIREITO BRASILEIRO**

**THE CONTRIBUTION OF RONALD DWORKIN FOR BUILDING A
HERMENEUTICS RESPONSABILITY IN BRAZILIAN LAW**

**Vinicius de Melo Lima
Marcelo Cacinotti Costa**

Resumo

: O artigo em tela pretende oferecer algumas perspectivas críticas em torno do contributo de Ronald Dworkin para a construção de uma responsabilidade hermenêutica no Direito Brasileiro. Tendo como quadro referencial teórico a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica (Heidegger-Gadamer), com a filtragem da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), procura-se apontar a relevância teórica e prática do estudo da obra de Dworkin para a superação do decisionismo e a edificação de uma democrática responsabilidade decisória.

Palavras-chave: Ronald dworkin, Hermenêutica filosófica, Decisionismo, Responsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Article screen intends to offer some critical perspectives around the Ronald Dworkin's contribution to the construction of a hermeneutic responsibility in Brazilian Law. The theoretical reference framework hermeneutics philosophy and philosophical hermeneutics (Heidegger-Gadamer), with filtering of Critical Hermeneutics of Law (Streck), seeks to point out the theoretical and practical relevance of Dworkin's work of study for overcoming decisionism and the building of a democratic decision-making responsibility.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ronald dworkin, Philosophical hermeneutics, Decisionism, Responsibility

1. BREVE INTRÓITO: A LIBERDADE ENTRE OURIÇOS E RAPOSAS

Em seu escrito intitulado “Dois conceitos de liberdade”, Berlin¹ procura examinar o conceito de liberdade não a partir de uma perspectiva semântica, mas sim, com o objetivo de compreender dois sentidos que são fundamentais à história humana: o sentido “negativo” e o sentido “positivo”. O sentido “negativo” aparece como resposta à seguinte indagação: “Como é o espaço de atuação do sujeito sem a interferência de outras pessoas?”. Já o sentido “positivo” surge como resposta que contesta a pergunta: “Que ou quem é a causa do controle ou interferência que pode determinar que alguém faça ou seja uma coisa ou outra?”².

O conceito de liberdade negativa leva em conta o espaço no qual um homem possa atuar sem ser obstaculizado por outros, sem interferência da atividade do sujeito. Neste conceito, o ser livre significa não ser importunado pelos outros, à luz do seguinte parâmetro: “Quanto maior seja o espaço de não interferência maior será a minha liberdade”³.

Berlin entende que a liberdade é liberdade, e não igualdade, equidade, justiça, cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila, afirmando ser verdadeira a tese segundo a qual, não raras vezes, é preciso recortar a liberdade de uns para assegurar a liberdade de outros. Em tais circunstâncias, um dos princípios ou regras em conflito há de prevalecer, ao menos na prática. A liberdade no sentido negativo significa *estar livre de*, isto é, a “ausência de interferência mais além de uma fronteira, variável, mas sempre reconhecível”⁴.

O conceito de liberdade positiva deriva do “desejo por parte do indivíduo de ser seu próprio amo”, a liberdade que se funda no sujeito como “ser ativo que pensa e quer, que é responsável de suas próprias eleições e é capaz de explicá-las por referência a suas ideias e propósitos próprios”. A liberdade, em tal perspectiva, assume o significado de *estar livre para*, sendo que a distinção entre a razão e a vontade leva a uma “retirada à cidadela interior”, isto é, deve o sujeito livrar-se dos desejos que não pode realizar. Além disso, o conceito está vinculado à autorrealização, ao autogoverno e ao autocontrole em uma sociedade orientada por fins próprios de seres racionais⁵.

¹ BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. **Sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayón et al. Madrid: Alianza Editorial, 2012. p. 205 e ss. (Tradução nossa).

² Ibid., p. 208. (Tradução nossa).

³ Ibid., p. 209. (Tradução nossa).

⁴ Ibid., p. 213. (Tradução nossa).

⁵ BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. **Sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayón et al. Madrid: Alianza Editorial, 2012. p. 217-29. (Tradução nossa).

O pluralismo, que implica a liberdade negativa, segundo Berlin, é um ideal mais verdadeiro e mais humano que os fins daqueles que buscam nas grandes estruturas disciplinares e autoritárias o ideal do autocontrole “positivo” das classes, dos povos ou da inteira humanidade⁶. Vale referir o seguinte recorte do pensamento do autor:

[...] Supor que todos os valores podem medir-se com o mesmo padrão, de forma que seja mera questão de exame saber qual é o superior, me parece uma forma de ocultar que sabemos que os homens são agentes livres, e aparentar que as decisões morais podem tomar-se, em princípio, mediante uma regra de cálculo. Afirmar que há uma síntese última que reconcilia tudo, todavia por realizar-se, na qual dever e interesse são o mesmo; liberdade individual e democracia pura ou Estado autoritário são o mesmo, é tapar com metafísica o que não é senão auto-engano ou pura hipocrisia⁷.

Berlin fala, ainda, da distinção entre o ouriço e a raposa, a partir da passagem do poeta Arquíloco, segundo o qual a raposa sabe de várias coisas, mas o ouriço sabe uma única grande coisa. A partir da referida distinção, procura traçar duas correntes teóricas: a primeira que afirma ser possível um sistema coerente, ao passo que outra refere que o conhecimento das coisas nem sempre se dá de modo coerente. Dworkin seria um “ouriço” em filosofia política e do direito.

Vê-se, pois, que o dilema proposto por Isaiah Berlin entre liberdades negativas e positivas, sob a perspectiva da pluralidade de valores, reclama uma análise à luz da teoria da unidade do valor, de Ronald Dworkin⁸, em *Justice for hedgehogs* (Justiça para ouriços). A liberdade não conflita com a igualdade, sendo que ambas expressam valores cujo fio condutor é a compreensão de que o Direito é um segmento da moral, por intermédio da moralidade política. Significa dizer que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito pelas demais, na perspectiva de uma interpretação do Direito sob a melhor luz das práticas jurídicas e das instituições.

Percebe-se a importância de uma (re)leitura a partir do horizonte traçado pela unidade do valor e pela hermenêutica filosófica. Isso porquanto as distinções ou cisões estruturais na esfera do Direito (regra e princípio, igualdade e liberdade, questão de fato e questão jurídica, etc.), em realidade, possuem um viés metafísico e de caráter abstrato, que encobre o ser dos entes, impedindo o acesso hermenêutico à verdade, a qual vem materializada em virtude das especificidades do caso concreto. Ainda, a dogmática jurídica alicerçada em tal premissa tem

⁶ Ibid., p. 254. (Tradução nossa).

⁷ Ibid., p. 254. (Tradução nossa).

⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. 2011. p. 364 e ss. Em língua portuguesa: DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 359 e ss.

de buscar auxílio no “Estado ponderador”, com riscos à autonomia do Direito e à própria democracia.

Ora, uma concepção isolada e descontextualizada da liberdade possibilitaria, inclusive, a legitimação do homicídio como expressão do direito à liberdade de expressão artística, olvidando do fundamento que assenta a convivência recíproca entre os cidadãos: o ser-aí e suas relações com o mundo exterior, com a faticidade, enfim, com o outro – o “ser-com” de que fala Heidegger⁹. Tal concepção representaria que a “liberdade do lobo seria a morte do cordeiro”¹⁰, malferindo-se os direitos fundamentais e o componente democrático do Estado de Direito.

A ideia de liberdade em Montesquieu vai ao encontro da tese segundo a qual “em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”. A liberdade “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”¹¹. Afirma que a liberdade política “só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”¹².

Em sua introdução à Doutrina do Direito, Kant afirma o princípio universal do Direito, traduzido na seguinte expressão: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com a lei universal”. A liberdade, na perspectiva da coexistência com os demais seres humanos, é o “único direito

⁹ O “círculo” do compreender é um círculo virtuoso e buscar caminhos para evitá-lo significa um “mal-entendido de princípio acerca do que é compreender”. A possibilidade de conhecimento “só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações. Na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p. 214-15.

¹⁰ A liberdade e a igualdade “divergem de uma maneira capaz de explicar por que uma comunidade política poderia ver-se não apenas insegura quanto ao que fazer, mas convencida de que fará a coisa errada independentemente do que faça? Isso depende do modo como concebemos esses valores abstratos. Berlin deixa claro, em seu famoso ensaio sobre a liberdade e em vários de seus outros textos, o modo como entende a liberdade. A liberdade, afirma ele, é a ausência de interferência alheia na realização de qualquer coisa que pretendamos fazer. **Ora, se é assim que entendemos a liberdade, torna-se evidente de imediato que a liberdade do lobo é a morte do cordeiro (...)**”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159-60 (grifo nosso).

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

¹² *Ibid.*, p. 166.

original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes”, destacando que a liberdade inata implica na igualdade inata, ou seja, “independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obrigá-los”¹³.

A autonomia da pessoa humana e a coexistência das liberdades atuam de forma complementar, de tal modo que os valores da liberdade e da igualdade são prestigiados por Kant, evitando-se, com isso, uma compreensão dissociada da intersubjetividade e apoiada em um eventual subjetivismo da consciência¹⁴. A liberdade é “*liberdade para a autodeterminação responsável, é autonomia*”¹⁵ (grifo do autor).

A questão fundamental do debate entre o pluralismo e unidade do valor reside em saber se a liberdade e a igualdade são independentes entre si ou interdependentes. Enquanto Berlin destaca que o conflito entre liberdade e igualdade é inevitável, pois decorre do conflito de valores, Dworkin defende o entendimento de que a liberdade “não é a liberdade de fazer aquilo que se quer: é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas”¹⁶

2. DECISIONISMO E DEMOCRACIA: *WHE THE PEOPLE?*

A Grécia foi o berço da democracia direta, em especial Atenas, onde o povo, reunido na Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública “no grande recinto da nação”¹⁷.

A palavra democracia deriva do grego “*démokratía*”, de “*dêmos*” = povo, + “*Kratía*” = força ou poder, sendo que a primeira referência está em Tucídides (455-398), colhida na oração fúnebre de Péricles aos atenienses mortos na guerra do Peloponeso¹⁸.

¹³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 76-7; 83-4.

¹⁴ Nesse sentido, Höffe afirma que a “acusação de ética de interioridade, pese a ser tão socorrida, adoece de um mal entendido das ideias kantianas. Segundo Kant o querer não é um ato de desejo senão um emprego de todos os meios que estão ao nosso alcance [...]. A vontade não é indiferente à sua plasmação no mundo social e político; não é uma evasão da realidade senão sua última motivação, enquanto que o fundamento se encontra no próprio sujeito”. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Barcelona: Editorial Herder, 1986. p. 169. (Tradução nossa).

¹⁵ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 360.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159-60.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 288.

¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96, nota de rodapé 326.

Platão (A República) e Aristóteles (Política) tinham uma compreensão de que a democracia não poderia ser uma forma de governo adequada, pois não levava em conta a origem dos representantes, tampouco suas condições sociais e vivência.

Para se fazer história, é preciso levantar suas suspeitas: a) suspeita do poder: seu objeto é sempre um elemento do poder, o exercício da autoridade formalizada pelo direito; b) suspeita do romantismo: a história do direito que se fez antes foi uma história romântica. Savigny, embora fosse um homem do seu tempo, sustentou que a lei deveria contar o “espírito do povo”; c) suspeita das continuidades: para escapar de uma história legitimadora do *status quo*, é indispensável pensar que fomos precedidos por gerações diferentes de nós e seremos sucedidos por gerações diferentes destes; d) suspeita da ideia de progresso e evolução: adverte o autor diante das concepções organicistas e evolucionistas, sobretudo em virtude da contingência e da abertura do mundo e da história¹⁹.

O poder, a partir do momento em que não é mais vinculado “à pessoa do Rei, ou a outros pressupostos transcendentais, difunde-se pelo social, obrigando os governantes a justificarem as suas decisões, sob a pena de tornarem-se ilegítimos”. Isso porque “o *topos* do poder torna-se vazio, passando a pertencer a todos e a ninguém, extrapolando o Estado”, o que não significa dizer que o Estado “não continue como o pólo fundamental das decisões, mas implica um deslocamento da noção de soberania, que, de monopólio de UM, passa ao social”²⁰.

Lefort ressalta que a denúncia dos vícios da legislação e das iniquidades no funcionamento da justiça, mostrando como a sacralização da propriedade oculta a oposição entre capital e trabalho, evidencia a dimensão simbólica dos direitos do homem, levando a reconhecer que ela se tornou constitutiva da sociedade política. Ignorar tal aspecto, mediante a subordinação da prática jurídica à manutenção de um “sistema de dominação e de exploração, ou confundir o simbólico e o ideológico, impede ver a lesão do tecido social que resulta da denegação do princípio dos direitos do homem no totalitarismo”²¹. Questiona se a luta pelos direitos do homem torna possível uma nova relação com a política, interrogando-se acerca das condições de um pensamento e uma ação política em ruptura com a ideologia, respondendo a indagação de maneira afirmativa. Não limita o argumento à observação do totalitarismo, pois os direitos do homem são anulados e que, em razão disso, os dissidentes se contrapõem ao

¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4-6.

²⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Paulo: Unisinos, 2005. p. 179.

²¹ LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Tradução de Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 75.

fundamento político do sistema. Os direitos são “um dos princípios geradores da democracia”, radicando da adesão que lhes é dada, vinculada a uma “maneira de ser em sociedade cuja medida não é fornecida pela simples conservação das vantagens adquiridas”. Em suma, observa Lefort, “os direitos não se dissociam da consciência dos direitos”, de maneira que

[...] essa consciência dos direitos se encontra tanto melhor partilhada quando as marcas das liberdades se tornam visíveis pelas leis. Assim, a consciência do direito e sua institucionalização mantêm uma relação ambígua. Esta implica, por um lado, a possibilidade de uma ocultação dos mecanismos indispensáveis ao exercício efetivo dos direitos pelos interessados, em decorrência da constituição de um corpo jurídico e de uma casta de especialistas; por outro lado, fornece o apoio necessário à consciência do direito [...]. Entretanto, já que falamos da sociedade democrática, observemos que a dimensão simbólica do direito se manifesta ao mesmo tempo na irredutibilidade da consciência do direito a toda objetivação jurídica, o que significaria sua petrificação num corpo de leis, e na instauração de um registro público em que a escrita das leis – como escrita sem autor – só tem por guia o imperativo contínuo de um deciframento da sociedade por ela mesma²².

Ao cuidar do tema da participação política, Moreira Neto parte de três premissas fundamentais: 1º) Todo poder emana do povo e em seu nome e com ele deverá ser exercido; 2º) A democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforma um regime político e, enquanto *praxis*, é uma técnica social para compor interesses diversos; 3º) As instituições nascem, desenvolvem-se e, quando não mais são úteis, desaparecem²³. Refere, ainda, que apenas “pela *participação* é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo”²⁴.

²² LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Tradução de Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 76. Anota Rocha que “como Lefort e outros pensadores têm procurado ressaltar, embora exista de fato um conteúdo ideológico nos direitos humanos, estes não se esgotam na dominação. Isto por dois motivos: o primeiro é a constatação que se acabou de fazer de que um regime político que desrespeita os direitos humanos é inevitavelmente (essencialmente) totalitário; o segundo motivo é a constatação de que justamente a ausência do respeito aos direitos humanos tem sido uma bandeira de crítica contra o autoritarismo e o totalitarismo. Os direitos humanos possuem um potencial simbólico de reivindicações que ultrapassa o instituído. Os direitos humanos possuem uma ambigüidade significativa que lhes atribui simultaneamente um sentido negativo, ideológico, e um positivo, reivindicador. Ora, nesta perspectiva, eles são políticos enquanto canais simbólicos para a produção de novos sentidos. Para Lefort, a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento (Lefort: 1986)”. ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Paulo: Unisinos, 2005. p. 178.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, XVII.

²⁴ *Ibid.*, p. 35. Sustenta que “o *ideal* seria, portanto, que todos pudessem e efetivamente se dispusessem a participar diretamente, como se tem notícia, na breve e fulgurante democracia ateniense ou no Cantão de Uri, na Suíça. O *possível*, entretanto, até agora, tem sido a prática preferencial da intermediação de representantes

Bobbio parte de uma definição mínima de democracia, de caráter procedimental, destacando que a mesma é “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. Prossegue o referido doutrinador, mencionando que a regra fundamental da democracia é “a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão”²⁵.

Em relação às promessas não cumpridas da democracia, elenca as seguintes: a) o nascimento da sociedade pluralista; b) o problema da revanche dos interesses; c) a derrota do poder oligárquico; d) a ocupação dos espaços nos quais se exerce um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social; e) a eliminação do poder invisível (a publicidade como forma de controle); e f) a educação para a cidadania. As promessas não foram cumpridas por causa de obstáculos que não estavam previstos ou que surgiram em função de “transformações” da sociedade civil, assumindo relevo os seguintes: a) o governo dos técnicos (tecnocracia e democracia são antitéticas); b) o crescimento do aparato burocrático do Estado; e c) o baixo rendimento do sistema democrático como um todo (o debate em torno da “ingovernabilidade” da democracia). Apesar disto, ressalta que as promessas não cumpridas e os obstáculos não previstos “não foram suficientes para ‘transformar’ os regimes democráticos em regimes autocráticos”, fazendo um apelo aos valores, traduzidos nos ideais da tolerância, da não-violência e o da renovação gradual da sociedade através do debate de ideias e da mudança de mentalidades e do modo de viver²⁶.

A democracia representativa visa assegurar condições para que o poder seja exercido em nome do povo e para ele, por intermédio de representantes eleitos democraticamente. A representação política está prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A adjetivação social e democrático

sugere imediatamente a confluência, no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional, de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a

que, *presumidamente*, decidirão de acordo com a vontade do povo, seus mandantes – uma participação *indireta*”.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 30-3.

²⁶ *Ibid.*, p. 34-52.

obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática²⁷.

Consoante Streck e Morais,

[...] O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência²⁸ (grifos dos autores).

O pressuposto da democracia vem a ser o povo. Mas, afinal, quem é o Povo?

A partir da ideia em torno de uma democracia dualista, ou seja, com o contributo do processo político normal e a participação do povo soberano, sobretudo em momentos de força extraordinária, Ackerman aponta os três momentos de ruptura da história estadunidense: a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal*. Em momentos específicos, a política é colocada diante de situações excepcionais, sendo que os “acontecimentos que catalisam a ascensão da consciência política têm sido tão variados quanto a história da nação: as guerras, as catástrofes econômicas ou os apelos emergenciais à consciência nacional”²⁹.

Em obra voltada à temática da autoridade moral da Constituição como fundamento de validade do Direito Constitucional, Coutinho afirma que a fundação americana apresenta uma perspectiva moral, qual seja, uma “parametrização normativa centrada na ideia nuclear de que os homens são ‘criados iguais’”, de tal modo que a “normatividade escrita e não escrita que lhe corresponde é, pois legítima – e legitimamente aplicável em sede de *judicial review* – por referência última àquela perspectiva, assumida por diferentes gerações de americanos”. Assim, o constitucionalismo americano, considerados o Movimento Federalista, a Reconstrução, o *New Deal* ou o Movimento dos Direitos Civis, deve ser encarado como um

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 210; 212-3.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97-8.

²⁹ ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano**. Tradução de Julia Sichiery Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 6.

“constitucionalismo normativo historicamente evolutivo ou dinâmico, moldado segundo uma mesma parametrização normativa”³⁰.

Müller, em sua obra “Quem é o Povo?” estabelece as seguintes denominações: a) “Povo” como povo ativo; b) “Povo” como instância global de atribuição de legitimidade (o povo legitimante); c) “Povo” como “ícone”; d) “Povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado e povo participante. Aduz o autor que “o povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores; o povo enquanto instância de atribuição compreende, em regra, os cidadãos do respectivo país. O ícone é intocável, não diz respeito a nenhuma pessoa viva. E o que pode a população em meio a tudo isso? Pode também ela legitimar democraticamente, à sua maneira?”. Refere, também, que a última configuração corresponde ao povo-destinatário, bem como ao povo politicamente participante, nos termos do artigo 14 da Constituição de 1988, ao instituir as modalidades de plebiscito, referendo e iniciativa popular³¹.

É preciso, pois, assentarmos a importância da participação no processo democrático, não analisando a democracia tão-somente sob o enfoque procedimental, na perspectiva de Bobbio, mas sim, substancial, campo em que, para além das regras do jogo, importa a observância dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A crise da representação política demonstra que a exigência democrática implica no reconhecimento aos cidadãos de uma “influência sobre as escolhas coletivas”, de modo que a “cidadania tende a ser tornar uma *cidadania ativa*”. Os direitos políticos dos cidadãos não se limitam à escolha dos representantes para a gestão dos negócios da cidade, implicando num “direito de opinião sobre as escolhas coletivas”. Logo, a democracia “de eleição” é substituída por uma democracia de “expressão” (pela tomada da palavra), por uma democracia “de implicação” (pelo debate) e por uma democracia “de intervenção” (pela ação coletiva)³².

Cumprido afirmar que a crise política ou de representação política permeia as relações entre o Estado e a sociedade, de modo que a “*fantochização* da democracia” decorre do “desaparecimento de *alternativas reais de escolha*”, cenário que conduz o cidadão “a um

³⁰ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 413 (grifo do autor).

³¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67-8.

³² CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 258 (grifo do autor).

processo de apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes”³³.

Passa-se, pois, da figura do povo ao cidadão, na condição de titular de direitos subjetivos, seja em relação ao Estado, como em relação a outros particulares. A esse respeito, a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, respectivamente, de modo a estabelecer o balizamento da democracia constitucional. Dito de outro modo, a regra majoritária, *per se*, é insuficiente para uma compreensão autêntica do fenômeno democrático em suas estruturas fundamentais, de tal maneira que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são os alicerces nos quais a concepção do Estado (Democrático) de Direito encontra sustentáculo.

Em sua concepção co-participativa de democracia, Dworkin assinala as seguintes dimensões: a) soberania popular: é uma “relação entre o público como um todo e as diversas autoridades que compõem seu governo”, exigindo que “o povo, em vez das autoridades, seja senhor”; b) igualdade de cidadania: a “equidade entre os cidadãos exige que participem como iguais”, sendo que, para além da questão do sufrágio universal, a concepção co-participativa “exige que os cidadãos sejam iguais, e não só como juízes dos processos políticos, porém também como participantes deles”; e c) discurso democrático: a ação coletiva genuína demanda “interação”, de modo que “torne cada cidadão um parceiro da empreitada política”³⁴.

Em sua obra *Is Democracy Possible Here?*, Dworkin afirma que se deve olhar aos princípios que identificam o valor mais abstrato em uma situação humana. O primeiro princípio, que o autor denomina de valor intrínseco, é o de que cada vida humana tem um tipo de valor objetivo. Já o segundo princípio, intitulado princípio da responsabilidade pessoal, diz que cada pessoa tem uma especial responsabilidade pela realização do sucesso da sua própria vida³⁵. A democracia em parceria é um substantivo, em consonância com a moralidade política, diferentemente da concepção majoritária, de caráter procedimental. Em suma, a concepção majoritária de democracia é defeituosa porque tem em seu alicerce uma

³³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71 (grifo do autor).

³⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 509-13.

³⁵ Id. **Is democracy possible here? Principle for a new political debate**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 9-10. Segundo Dworkin, a concepção majoritária da democracia é puramente procedimental e independente de outras dimensões da moralidade política. A decisão é democrática mesmo se for muito injusta. Mas a concepção da democracia em parceria não compreende a democracia como independente do restante da moralidade política, sendo necessária uma teoria da igual parceria para decidir o que é ou não é uma decisão democrática, e precisamos consultar ideias sobre justiça, igualdade e liberdade em ordem a construir tal teoria. Então na concepção em parceria, a democracia é um substantivo, não meramente uma ideia procedural. *Ibid.*, p. 134.

compreensão meramente estatística do fenômeno, ao passo que a democracia em parceria pressupõe a igualdade de consideração e o respeito ao autogoverno do cidadão.

3. RONALD DWORKIN E A IDEIA DE UMA RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de responsabilidade hermenêutica, além da coerência e da integridade, também está associada a um determinado consequencialismo, não no sentido econômico ou instrumental, mas sim na perspectiva da análise pelo órgão julgante das consequências do processo de tomada de decisão no mundo prático. O consequencialismo aqui defendido, em realidade, está vinculado à noção de integridade do Direito e ao mundo prático.

Significa dizer que o percurso argumentativo é de fundamental importância para o intérprete, de modo que a resposta correta ou constitucionalmente adequada deve estar alicerçada em argumentos de princípio e não de política ou de moral (Dworkin), sob pena de fragilizar-se a autonomia do direito.

Isso porque o direito não se confunde com a moral, tampouco a moral assume um papel corretivo daquele; ambos são cooriginários (Habermas/Streck), ou seja, a sua comum origem faz com que a institucionalização da moral no direito por intermédio dos princípios leve o intérprete a “fechar” a interpretação, conforme destacam Lenio Streck e Luigi Ferrajoli.

A hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica, sendo que a linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de “estar à disposição do intérprete – *para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido*”, razão pela qual “é impossível reproduzir sentidos”, porquanto o “processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio)”³⁶ (grifo do autor).

O traço característico da “interpretação de Gadamer é sempre *produtivo*. É impossível reproduzir um sentido. *O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão*”. E a atividade consistente em “compreender uma tradição requer um horizonte histórico”, de tal modo que um “texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetual*) do intérprete”³⁷ (grifos do autor).

Nessa senda, a linguagem desponta o mundo, o qual desponta para nós, na diferencialidade e na diferenciação de sua automostração, razão pela qual a linguagem não é mero objeto, mas sim, a realização do “aí” que somos, destacando-se que, depois da virada

³⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305.

³⁷ Ibid., p. 297-9.

hermenêutica, Heidegger passa a falar da clareira, na qual o “ser” se mostra e é “aí” como um “acontecimento apropriativo”³⁸.

Os dois teoremas fundamentais da hermenêutica são o círculo hermenêutico³⁹ e a diferença ontológica. O círculo diz respeito ao movimento do interpretar no já compreendido, não sendo vicioso, mas sim virtuoso, cumprindo destacar, na trilha de Heidegger, que o decisivo não é sair do círculo “mas entrar no círculo de modo adequado”, o qual não é um “cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento”, exprimindo a “*estrutura prévia* existencial, própria da presença”. Daí que na elaboração da “posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”⁴⁰.

O modo como aprendemos a falar e adquirimos a experiência do mundo a partir da comunicação linguística e da troca própria ao diálogo, com o despertar da coconsciência articulada linguisticamente, conforma o processo de realizações de desejos e decepções, o qual se encontra em curso, mediante um diálogo que se reinicia continuamente, sem encontrar um fim. Tal constitui o fundamento do *linguistic turn* (virada linguística), sendo que autores como Wittgenstein e Austin inverteram o ideal de uma linguagem formal, libertando a linguagem do rigorismo lógico em prol da linguagem falada no contexto da ação⁴¹.

Por seu turno, a diferença ontológica radica na relação entre o ser e o ente, nos planos ôntico e ontológico, sendo que, enquanto o ente é mundano, o ser é transcendental, na esteira

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 111-2.

³⁹ Segundo Blackburn, em relação ao círculo hermenêutico, os “problemas que surgem no processo de interpretação quando um elemento – em um texto, por exemplo, só pode ser compreendido a partir do significado de outros elementos ou do texto completo; e, mesmo assim, a compreensão destes outros elementos ou do texto completo, pressupõe por sua vez a compreensão do elemento original. Cada um deles só pode ser compreendido à luz dos outros. De modo semelhante, podemos defender que o passado só pode ser compreendido à luz do presente e que o presente só pode ser compreendido com referência ao passado. Este fenômeno preocupou vários pensadores alemães, desde Schleiermacher e Dilthey até Heidegger e Gadamer [...]”. BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 60. O círculo hermenêutico não corresponde a um procedimento metódico, de maneira que o intérprete “não é mais um mero pesquisador que está se apresentando, mas ele é ouvinte ou leitor, e, com isso, está envolvido como um elo de sentido participante. A resposta significativa dada por uma construção de sentido é reconhecida agora como uma resposta a uma pergunta e essa pergunta é entendida uma vez mais ela mesma como uma resposta. Assim, não há aí absolutamente nenhum primeiro começo e nenhuma interrupção definitiva do assim chamado sujeito em favor da objetividade da ciência”. GADAMER, op. cit., p. 219.

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 214-5.

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 219-20. Segundo Manfredo de Oliveira, com apoio em Gadamer, a “linguagem, desde o princípio, é humana. Aliás, ela não é simplesmente uma qualidade do homem que se encontra no mundo, mas dela depende e nela se revela que os homens enquanto tais possuem ‘mundo’ [...] a linguagem não tem um ser independente do mundo, que nela vem à palavra. Não somente o mundo só é mundo enquanto vem à palavra, mas a linguagem só é linguagem na medida em que nela o mundo se apresenta”. OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 236-7.

do giro ontológico-linguístico decorrente da superação da filosofia da consciência (o *cogito* de Descartes). A diferença ontológica⁴² entre ser e ente pode ser utilizada, no âmbito jurídico para a compreensão hermenêutica da diferença entre regra e princípio, ou ainda, entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais.

Como afirma Kaufmann, a hermenêutica “*não é um método, mas sim filosofia transcendental*”, no sentido de que indica “*as condições gerais de possibilidade da compreensão do sentido*”, não prescrevendo nenhum método, tendo um caráter universal. Dirige-se contra o conceito objetivista de conhecimento, superando o esquema sujeito/objeto, através do qual o sujeito conheceria o objeto na sua pura objetividade sem elementos subjetivos, sendo que o conhecimento seria uma “reprodução” do objeto da consciência. A compreensão é simultaneamente objetiva e subjetiva de modo que o “intérprete insere-se no ‘horizonte da compreensão’”, de modo que desempenha um “*papel conformador activo na chamada ‘aplicação do direito’*”⁴³.

A “recepção” da Hermenêutica pela Jurisprudência traz as seguintes perspectivas de convergência: a) o reconhecimento do papel criador da interpretação jurídica, com base na relação de tensão entre pauta geral e situação particular; b) a consideração do problema jurídico, evidenciando que, nas situações de vida há similitude, mas não identidade, o que significa dizer que as particularidades da situação concreta não podem ser deixadas de fora diante do caráter abstrato da pauta geral; há, pois, uma “contraposição do modelo do ‘círculo hermenêutico’ aos métodos apodíctico-demonstrativos”; c) a rejeição da tese da

⁴² A diferença ontológica entre ser e ente não é algo feito por alguém, pois “somos colocados nessa diferenciação”, de tal modo que o “ser” mostra-se “no” ente, “não é algo que se faça, mas algo que se apresenta”. Isso se chama “abertura do ser”, o acontecimento apropriativo (segundo Heidegger). GADAMER, op. cit., p. 70-1. A fenomenologia hermenêutica “se volta criticamente para a história da metafísica, descobrindo nela, tanto na filosofia quanto na ciência, em suas diferenças de objeto, apenas modos de tratamento dos entes. A fenomenologia hermenêutica descobre, atrás desse comportamento marcado por um princípio objetificado, o encobrimento de uma diferença essencial. Esse consiste, de acordo com a fenomenologia hermenêutica, numa situação incontornável na qual reside a unidade entre o ser humano e a compreensão do ser. Somente a exposição dessa unidade nos permite descobrir o que, no texto, será designado de diferença ontológica. Diferença que não é apenas uma separação entre ser e ente, mas uma relação entre ser e ente se dá através de um determinado comportamento de um ente que é designado por Heidegger o ser-aí (*Dasein*). Assim, a diferença ontológica se constitui no contexto da compreensão do ser, mas, ao mesmo tempo, dá a esse o espaço de seu acontecer. Assim se estabelecem, na fenomenologia hermenêutica, como filosofia da finitude, os dois teoremas fundamentais: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica”. STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 17.

⁴³ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 67-9.

incomunicabilidade entre os sistemas normativos de regulação da conduta (Moral e Direito) e de uma concepção imperativista da norma jurídica⁴⁴.

É preciso levar a sério, ou seja, com responsabilidade, o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁵, haja vista o distanciamento entre a previsão normativa e o cenário do mundo da vida, relegando a um plano secundário a tutela do mínimo para uma vida digna do ser humano.

A tradução da ideia de “escolha” para o mundo jurídico reside justamente no conceito de discricionariedade. A ideia de discricionariedade tem em sua raiz o poder de escolha do intérprete na resolução dos casos concretos. A decisão jurídica não se confunde com escolhas, pois não se cinge à esfera individual, vinculando-se à organização da instituição, nomeadamente na esfera da jurisdição. A escolha “é uma questão de política, não de princípio”⁴⁶.

A discricionariedade é uma das características centrais da corrente do positivismo jurídico. Kelsen acentuava que a interpretação era um problema de política jurídica, no oitavo capítulo de sua obra *Teoria Pura do Direito*, criando a denominada “moldura da norma” como espaço decisório válido. Isso porquanto sua preocupação não era com o Direito, mas sim, com a Ciência do Direito, motivo pelo qual a crítica doutrinária à sua construção teórica recaiu justamente sobre o risco do decisionismo e do voluntarismo do aplicador da norma⁴⁷.

⁴⁴ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”**. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 278-80.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 35 e ss.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 373.

⁴⁷ Kelsen prende-se à vontade do órgão aplicador, referindo que este é “um criador de Direito e também ele é, nesta função relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”. Percebe-se, pois, que pende de solução o problema do decisionismo judicial na obra de Kelsen, cuja crítica é essencial à produção democrática do Direito. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 393. Em uma leitura crítica, Larenz afirma que “quando Kelsen, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da ‘interpretação’ de uma norma, juízos ‘correctos’, ‘deita a criança fora com a água do banho’”. Destaca, também, que Kelsen não reconhece “qualquer diferença entre legislação, jurisprudência, atividade administrativa e actuação da ‘autonomia privada’”. Trata-se sempre para ele de estabelecer uma norma hierarquicamente inferior no quadro de uma norma hierarquicamente superior. O que é, decerto, uma concepção sedutora na sua simplicidade, mas de forma alguma uma concepção que corresponda às diferenças realmente existentes. Ela limita a interpretação jurídica à mera interpretação verbal, à indicação das significações possíveis, de acordo com o sentido das palavras, de entre as quais tem o aplicador da norma de escolher. **Fica à sua disposição o modo de escolha**. Esta concepção é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional. Não lhe faltam, pois, vozes críticas. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 107-8 (grifo nosso).

O desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial, na linha da *Crítica Hermenêutica do Direito*, propugnada por Lenio Streck, vai para além do debate em torno da “essência” da razão ou da vontade (jusnaturalismo e positivismo), resgatando o *Dasein* como estruturante do Direito, visto como uma prática interpretativa voltada à produção de decisões jurídicas democráticas, isto é, em conformidade com a Constituição.

O autor situa sua investigação a partir do paradigma da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, em um processo de desconstrução e de reconstrução do pensamento jurídico, em especial “aquele ligado ao elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica”. Sustenta a existência de dois grandes paradigmas filosóficos: a) o da filosofia clássica: denominado realismo filosófico, em que “o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento” (“mito do dado”); b) o da filosofia da consciência: que coloca como “fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que se conhece as coisas”, em razão do que o conhecimento não é “dado”, mas “construído” por um “sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos”⁴⁸.

Apoiando-se na fenomenologia hermenêutica, afirma que a concepção de resposta correta por ele trabalhada é a “resposta hermeneuticamente correta”, podendo ser denominada de verdadeira, ou seja, a “possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, podermos distingui-los dos pré-juízos inautênticos”. Refere, ainda, que “o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”⁴⁹.

Assim, a resposta correta significa, em verdade, a possibilidade e a necessidade de *decisões adequadas à Constituição*, razão pela qual precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na *intersubjetividade*, a comunhão em torno de regras e princípios para a construção do Estado Democrático de Direito⁵⁰.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 101-2. Ressaltando o contributo teórico de Ronald Dworkin para o Direito Brasileiro, com especial relevo para o combate ao livre convencimento judicial, Streck afirma que “Dworkin mostra, a partir de Gadamer, que na interpretação jurídica o texto representa um evento, e que deve haver uma fusão de horizontes, uma consciência da distância histórica entre o momento de criação e o momento da interpretação a fim de fazer justiça ao texto (no sentido de deixar que o texto diga algo), no caso, o texto da lei ou mesmo os precedentes”. STRECK, Lenio Luiz. *Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro*. **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Coord. José Emílio Medauar Ommati. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 345.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁰ O “direito fundamental a uma resposta (constitucionalmente adequada a Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da

CONCLUSÃO

A democracia presidencialista, em especial o modelo de presidencialismo de coalizão vigente no Brasil, conduz à apreciação, pela jurisdição constitucional, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, da omissão do Executivo e do Legislativo no trato das políticas públicas e da governabilidade. Abranches⁵¹ destaca que a democracia no Brasil é de coalizão, seguindo a matriz do presidencialismo americano, o que demanda a construção de acordos políticos e coalizões entre partidos de diferentes agremiações, rumo à disputa pelo poder político. Tal quadro se vê agravado pelo fenômeno da corrupção, minando a confiança da sociedade na representação democraticamente constituída, por força do sufrágio universal, havendo, pois, distanciamento e déficit de responsividade às demandas sociais. Estas, por sua vez, são levadas ao Judiciário, na forma de reivindicações de grupos de interesse, em face do não atendimento ou da recusa na esfera dos poderes eleitos, cenário em que a judicialização da política acaba por resultar em ativismo judicial, com a ampliação das competências e da interferência da jurisdição em matérias afetas à arena da política.

A “única resposta correta” (*one right answer*) é apresentada por Dworkin como um ataque ao positivismo jurídico, calcado na discricionariedade judicial, como uma maneira que criar uma blindagem hermenêutica ao relativismo no Direito. Tal não obriga que o juiz tenha que alcançar a resposta correta, mas que, ao menos, tente buscá-la, a partir de argumentos de princípio e não de política, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do Direito. Assim, não há um “método” para se chegar à resposta correta, no sentido cartesiano, ou seja, não há como garantir, do ponto de vista metodológico, que estejamos certos. A verdade surge não como correspondência lógica ou matemática, mas como coerência, dentro da cadeia da interpretação.

As instituições, na percepção de Castoriadis, “são impossíveis fora de um simbólico em segundo grau e constituem cada qual sua rede simbólica”, para o qual “as sentenças do

temporalidade”. Sublinha, ainda, que “a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação [...]. Assim, **a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma**”. Id. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170-1 (grifo nosso).

⁵¹ ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 31, n. 1, 1988. p. 27-32.

tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em um outro nível”⁵².

O que está em jogo, em síntese, é de que maneira é possível o controle democrático do poder judicial (contramajoritário), diante da discricionariedade judicial, nomeadamente em situações para além dos limites previstos na Constituição, sobretudo na esfera dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

O ativismo judicial viola a responsabilidade política orientada ao cumprimento da Constituição, cumprindo ao intérprete, pois, buscar na tradição, na integridade e na autenticidade espaços de interlocução entre o Direito e a Política. A estrutura da racionalidade comporta uma “dobra” composta pelo “como apofântico” e pelo “como hermenêutico”, aquele de natureza lógico-cartesiana, ao passo que este aponta para uma dimensão interpretativa do Direito⁵³. A abstração dos conceitos e dos métodos abre um fosso entre o Direito e a realidade, um distanciamento metafísico entre a teoria e a pragmática que compromete a eficácia social das normas constitucionais.

Daí a importância da superação do paradigma positivista da discricionariedade judicial, que confere ao juiz a possibilidade de decidir a causa com base em seu livre convencimento, ainda que, *a posteriori*, lance os motivos de sua convicção. Tal cenário é condizente com o solipsismo judicial, onde o magistrado, tal como Crusoé, preso em uma ilha deserta (consciência), não compartilha das expectativas comunitárias em torno da produção de respostas constitucionalmente adequadas.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 31, n. 1, 1988. p. 27-32.

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano**. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BERLIN, Isaiah. **Sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayón et al. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

⁵² CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 142.

⁵³ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 21-2.

- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. 2011.
- _____. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. **A justiça de toga**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Is democracy possible here? Principle for a new political debate**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008.
- HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Barcelona: Editorial Herder, 1986.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”**. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Tradução de Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LIMA, Vinicius de Melo. **Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória: Direitos Sociais entre o Ativismo Judicial e a Decisão Jurídica Democrática**. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

_____. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Coord. José Emílio Medauar Ommati. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.