

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

MÁRTIN PERIUS HAEBERLIN

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Gabriela Maia Rebouças; Martín Perius Haeberlin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN:

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinis.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Porto Alegre entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, teve como tema central “Tecnologia, comunicação e inovação no direito.”

Ao longo de três dias, docentes e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado “Hermenêutica Jurídica I” ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr.^a Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE, e Dr. Martín Perius Haeberlin, do Centro Universitário Ritter dos Reis/RS.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares, pela problematização dos coordenadores no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados.

O primeiro bloco de apresentações abordou os trabalhos mais teóricos e filosóficos, trazendo autores da hermenêutica que também seriam tematizados nos demais trabalhos: Heidegger, Gadamer, Robert Alexy e os jusnaturalismos foram trabalhados tendo como horizonte o tempo presente. Após a apresentação dos trabalhos, foram possíveis reflexões e debates sobre todos e cada um dos trabalhos. Sobre o primeiro trabalho apresentado (“O resgate da centralidade do ser em Heidegger”) – que, de algum modo, conduziu um norte à reflexão dos demais –, o grupo refletiu sobre o sentido do pensar e sobre o esquecimento da questão do ser em alguns momentos da filosofia. Sobre o segundo trabalho (“A Hermenêutica Filosófica em Gadamer”), lembrou-se a passagem do entendimento do círculo hermenêutico para uma espiral hermenêutica, na qual os sentidos encontrados ao objeto modificam o ser que interpreta. Já quanto ao terceiro trabalho (“Novos Direitos: evolução dos fatos sociais e aplicação do círculo hermenêutico”) discutiu-se a possibilidade de apropriações da virada hermenêutica heideggeriana em temas jurídicos hodiernos, como as questões relacionadas ao nome social e ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Ato contínuo ao trabalho “A formação da lei a partir do discurso ideal de Robert Alexy e a redução da discricionariedade

hermenêutica”, discutiu-se os problemas na correção das leis – e a importância de um amplo debate a respeito das mesmas –, bem como a conexão do tema com a chamada “ética do discurso”. Por fim, quanto ao trabalho “Os caminhos do jusnaturalismo no século XXI”, refletiu-se sobre a possibilidade de afirmar valores universais na contemporaneidade e sobre os problemas ínsitos a concepções jusnaturalistas.

No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das decisões judiciais, com evidência para o papel das Cortes Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal do Brasil: interpretação e sentido normativo, globalização, mídia, teorias e processos decisórios no Direito estiveram entre os temas destacados. Também se estabeleceu a metodologia de apresentar-se os textos em bloco para, a partir deles, promover-se discussões e reflexões. Sobre todos os temas os participante puderam fazer observações. Quanto ao primeiro trabalho “Supremo Tribunal Federal e sua função interpretativa”, refletiu-se detidamente sobre a pertinência de uma leitura que, dando sentido aos sentidos possíveis ao texto, desloque o eixo da verdade interpretada a partir do parâmetro da autoridade do interpretante, especialmente falando-se dos limites da tarefa de interpretar. Em relação ao segundo trabalho (“O diálogo hermenêutico na compreensão do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153”), pode-se compreender, a partir da questão da anistia, a necessidade de se pensar em “constrangimentos epistêmicos” dos intérpretes, a partir do marco teórico de Gadamer e Ricoeur. Depois, em relação ao trabalho “Mídia, (in)formação e decisões judiciais”, falou-se sobre o protagonismo do Poder Judiciário, em suas manifestações de poder, de um lado, e a comunicação social realizada a partir de um código binário (informação vs. não informação) de outro. Ao fim, tratou-se do tema “A globalização e sua influência nas decisões judiciais”, considerando aspectos como o multiculturalismo e os modelos estrangeiros de decisões judiciais que vieram a afetar a jurisdição constitucional brasileira.

O terceiro e último bloco teve como foco a hermenêutica aplicada a questões concretas, envolvendo o Estatuto do desarmamento, bioética e tecnologias reprodutivas, derrotabilidade, racionalidade e argumentação na motivação judicial, dignidade humana e técnica normativa. Mais precisamente, iniciou-se com o tema do “Estatuto do Desarmamento”, em uma tentativa, bastante debatida, de conciliar a noção de normativismo jurídico em Kelsen com a noção de realidade social em Ehrlich. Após, promoveu-se reflexão acerca da temática “Hermêutica da Facticidade aplicada às Tecnologias Reprodutivas”, laborando-se a possibilidade de, a partir da hermenêutica filosófica, discutir a “sacralidade da gestação” e a noção convencional de natalidade como um “bem absoluto”. Ato contínuo, tratou-se do tema da “Derrotabilidade” das regras, a fim de demonstrar que a existência e a validade de uma regra cederiam, desde um ponto de vista sistemático, em ocasiões nas quais suas aplicações

podem se revelar “extremamente injustas”. Após, houve um intenso debate sobre o trabalho apresentado relacionado a um curioso caso concreto (Apelação Cível n. 70005798004), que tratava da exclusão da meação por indignidade a um genro que assassinou o sogro. O debate demonstrou que, por vezes, a fundamentação, mesmo que chegue a conclusões adequadas, pode ser intrinsecamente deletéria ao entendimento do sistema jurídico e suas bases hermenêuticas. Posteriormente, discutiram-se algumas conclusões do trabalho que tratava do feminicídio a partir de uma análise de Hart e Raz, de modo a promover um debate sobre a juridicidade e legitimidade da criminalização específica dos homicídios fundamentados na questão do gênero. Por fim, tratou-se da questão da dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade, considerando-se diversos exemplos caracterizados de sua violação.

Como conclusão, o grupo afirmou a importância das pesquisas em Hermenêutica jurídica problematizarem o marco teórico estrangeiro escolhido para a análise do direito brasileiro e de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de seus contextos originais e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um campo de pesquisa no qual os autores e teorias sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social, sobretudo quando estrangeiras.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate, o que seguramente contribui para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof.^a Dr^a Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Mártin Perius Haeberlin, Centro Universitário Ritter dos Reis/RS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FORMAÇÃO DA LEI A PARTIR DO DISCURSO IDEAL DE ROBERT ALEXY E A REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE HERMENÊUTICA

THE FORMATION OF LAW BASED ROBERT ALEXY'S IDEAL SPEECH AND THE REDUCTION OF HERMENEUTICAL DISCRICIONARITY

Leonardo da Rocha de Souza ¹
Ivone Fernandes Morcilo Lixa ²

Resumo

Este artigo discute as contribuições de Robert Alexy a respeito da formação das normas, na tentativa de demonstrar que sua correta elaboração permitirá melhor proteção dos direitos fundamentais e realização da ordem constitucional. Para tanto, discute-se a forma como essa proteção ocorre quando se alcança a correção da lei, trabalhando-se instrumentos para a formação do conteúdo do projeto de lei. Propõe-se, ainda, que uma lei elaborada de acordo com o discurso ideal facilitará a atividade hermenêutica, principalmente para reduzir a discricionariedade do intérprete. Utiliza-se o método de procedimento tipológico, com uma abordagem hermenêutica e um delineamento de pesquisa qualitativa bibliográfica.

Palavras-chave: Elaboração de normas, Discurso ideal, Robert alexy, Discricionariedade

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the contributions of Robert Alexy regarding the formation of norms, in an attempt to demonstrate that their correct elaboration will allow better protection of the fundamental rights and realization of the constitutional order. It is discussed how this protection occurs when the correction of the law is reached, by working on instruments for the formation of the content of the law. The law must be elaborated according to the ideal discourse to facilitate the hermeneutic activity, mainly to reduce the interpreter's discretionarity. The typological method is used, with a hermeneutic approach and a qualitative bibliographical research design.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Elaboration of norms, Speech ideal, Robert alexy, Discretionarity

¹ Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor da Fundação Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB). Vice-Líder do grupo de pesquisa CNPq 'Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça'.

² Doutora em Direito Público (UPO/ES – UFSC/SC). Mestre em Teoria de Direito (UFSC). Pós-Doutora em Teoria do Direito (UFSC). Professora, pesquisadora e extensionista da Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB).

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende discutir as contribuições do pensamento de Robert Alexy (2007, p. 54) não apenas no campo da Teoria da Argumentação, mas também para a elaboração e aprovação de leis. Ele aponta, com clareza, os problemas que circundam a atividade legislativa: “a maioria construída no Parlamento impõe seus interesses, utilizando-se de subterfúgios como emoções, dinheiro e relações de poder, levando ao domínio dessa maioria e ao cometimento de erros graves”. O que Robert Alexy defende é a atuação do Tribunal Constitucional de forma argumentativa e ideal em favor do povo e contra um domínio parlamentar equivocado. (SOUZA, 2017, p. 45).

Mesmo que se perceba “o Tribunal Constitucional como representante do povo e como forma desse exercer seu poder”, a avaliação realizada pela Corte Superior seria uma forma repressiva de impedir a elaboração equivocada de normas. Estar-se-ia diante de um controle repressivo de constitucionalidade, o que pressupõe que, até a declaração da inconstitucionalidade, a lei esteve em vigor e gerou efeitos. Assim, o ideal seria implementar meios eficazes que permitissem o controle preventivo de constitucionalidade e legalidade de leis, o que poderia ser realizado ainda na etapa da elaboração do projeto de lei. (SOUZA, 2017, p. 45).

Esse ideal encontra o primeiro obstáculo quando se pensa na escolha dos atores que participarão da discussão do projeto de lei. Geralmente, o governante não tem a intenção de abrir mão de sua prerrogativa de controlar todo o processo, prerrogativa essa que entende ter alcançado quando foi eleito. Além disso, outros interesses podem estar em jogo, o que envolve interesses econômicos, ideológicos ou políticos. E, mesmo que os participantes da elaboração do projeto de lei sejam isentos e imparciais, seria necessário “conhecer com clareza e profundidade a matéria a ser legislada e os objetivos da nova lei”. (SOUZA, 2017, p. 45).

Busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: de que forma o discurso ideal de Robert Alexy pode auxiliar na correção da lei e evitar a discricionariedade na interpretação jurídica? Como hipótese, propõe-se a necessidade de estabelecer técnicas na elaboração de leis e atos normativos, realizando-se o controle preventivo da constitucionalidade e legalidade das leis, de forma a preservar e tornar eficaz o Estado de Direito, além de evitar a discricionariedade do hermenêuta (ou reduzir seu impacto negativo). Para isso, traçam-se como objetivos: (1) abordar a constitucionalização do direito e a produção legislativa; (2) dissertar a respeito da proteção que se pretende aos direitos fundamentais quando se alcança a correção da lei; (3) trabalhar instrumentos para a formação do conteúdo do projeto de lei,

como o discurso ideal defendido por Robert Alexy; (4) propor que a correção da lei desde a sua formação reduz a discricionariedade do intérprete na atividade hermenêutica.

Em relação à metodologia científica adotada, optou-se por uma abordagem epistemológica hermenêutico-dialética, já que se pretende esclarecer o contexto de formação da lei aplicada à proteção dos direitos fundamentais, partindo-se para a crítica da discricionariedade da interpretação, valorizando, portanto, “processos de criação de consensos e contradições” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 93-94). Esta pesquisa tem um delineamento qualitativo, por meio da pesquisa bibliográfica, pois está focalizada em “selecionar informações bibliográficas para explicar o problema objeto da investigação” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 107). O método de procedimento escolhido é o tipológico, que “estabelecido por Max Weber, consiste em criar modelos ideais, construídos com base em elementos fundamentais de um fenômeno” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 45), o que, para os fins deste artigo, significa criar um modelo ideal de elaboração de leis em prol dos direitos fundamentais e para evitar a discricionariedade na interpretação jurídica.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E PRODUÇÃO LEGISLATIVA

No Brasil, como resultado de uma convergência de fatores, a entrada para o século XXI é marcada, no campo da produção do Direito e sua operacionalidade, por profundas transformações e busca de novos marcos teóricos capazes de legitimar as necessidades de garantias contempladas com a implementação do Estado Democrático de Direito. A promulgação da Constituição de 1988 e o inédito momento histórico de então, significaram a tentativa de superação do autoritarismo, da exclusão social e da violação de direitos fundamentais que, desde os primórdios da “invenção” colonialista, vinham constituindo uma patologia crônica exposta no grave quadro social que então se delineava.

Naquele momento, lembra Daniel Sarmiento (2010), a grande maioria dos juristas entram em sintonia com as tendências constitucionalistas que apontavam como grande desafio garantir a efetividade das constituições democráticas. Até então, historicamente, os comandos jurídicos e políticos constitucionais, de fato, estavam nas mãos dos detentores dos poderes político, econômico e social e finalmente, o país começou a “levar a sério” a Constituição. Apesar das dificuldades enfrentadas, tais como a desigualdade e o patrimonialismo que ainda povoam as instituições nacionais, os avanços em relação ao passado são inquestionáveis. (SARMENTO, 2010, p. 3-4).

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, juristas de diversas áreas passaram a militar a concepção de que a Constituição, enquanto norma jurídica, deveria ser aplicada comumente pelos juízes, defendendo um “constitucionalismo de efetividade”, independente de qualquer mediação legislativa. O esforço, portanto, desde aquele momento, passou a ser o de “tirar do papel” as garantias previstas na Carta de 88 de forma a promover justiça, liberdade, igualdade e a acesso aos direitos sociais.

Desde então se aprofundaram e se radicalizaram as discussões no sentido de não apenas buscar novos procedimentos operacionais, mas também compreender as contribuições de pensadores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans Georg Gadamer, Jurgen Habermas, entre outros, obrigando a uma refundação do pensamento jurídico brasileiro, uma vez que se tornou evidente o esgotamento do velho positivismo e seus procedimentos hermenêuticos. Nesta nova etapa, ou *quadra da história*, como prefere Lenio L. Streck (2012) nominar este inédito momento de redefinição, é acentuada a natureza valorativa do Direito e dos princípios constitucionais.

Nesse contexto, há uma “verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade, razoabilidade, etc.” (SARMENTO, 2010, p. 249) e se incorpora no pensamento jurídico crítico brasileiro o neoconstitucionalismo. Tratava-se de um momento de conquistas e necessidade de que fossem garantidas.

Entretanto, já na primeira década do século XXI muitos se davam conta de que o neoconstitucionalismo não era a superação do velho positivismo. Não é porque o neoconstitucionalismo tem um discurso axiologista e valorativo que é superado o positivismo formal legalista (STRECK, 2012, p. 37). As teorias “pós” e “neo” positivistas acabaram por cair na incerteza e indeterminação do Direito. Seguramente o “relativismo” e a “teoria da argumentação” foram mal incorporados no pensamento brasileiro, passando a reinar absoluta incerteza e relativismo nas decisões judiciais. Possivelmente, são os efeitos perversos de uma lógica colonizada que insiste em ser mantida na cultura jurídica brasileira.

Não é novidade, desde Kelsen, que o julgador tem um “espaço discricionário” em aberto e que desde muito foi desmistificado o juiz “boca da lei”, mas como adverte Streck, deve-se estar atento com os “pós positivismos à brasileira”:

[...] é preciso estar alerta para certas posturas típicas dos “pós positivismos à brasileira”, que pretendem colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de “ativismos judiciais” para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais,

tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade” [...] (STRECK, 2012, p. 38).

Em síntese, as concepções e modelos “descobertos” no Brasil em fins do século XX, sobretudo com a entrada em cena do neoconstitucionalismo, é decretada a “morte do método” o que acabou por produzir descontrolado solipcismo e ativismo judicial que mais confunde discricionariedade com arbitrariedade e o resultado, ao que parece, é que o “pêndulo hermenêutico” está “solto” e querendo voltar a um ponto “seguro”.

Outra face perversa inegável produzida desde então é a crescente judicialização da vida cotidiana e política, o que acabou por neutralizar movimentos sociais e desvincular as práticas judiciais e políticas do Estado do compromisso constitucional primeiro, o que tem obrigado pensadores do Direito, particularmente os vinculados às correntes críticas, a rever fundamentos e pré concepções.

Para L. Ferrajoli (2015, p. 245), nestes tempos de total impotência e decadência da política, predomina um constitucionalismo principialista, momento “quando se leva em contra todas as suas implicações, coloca em perigo a separação dos poderes, o princípio da legalidade e submissão do juiz somente à lei: em síntese, todos os princípios do estado de direito”. Diante de angustiante constatação, pergunta o pensador garantista italiano: quais alternativas se pode contrapor a esta orientação que coloca o Direito em uma espécie de “loteria do protagonismo judicial”? É momento de profundo e profícuo debate das vias possíveis de solução.

Frente à complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo, a permanente reconstrução e vigilância da ordem democrática no Brasil e a necessidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais emergem múltiplas possibilidades de correntes hermenêuticas. Ao mesmo tempo, diversos atores sociais são chamados a realizar alguma forma de interpretação jurídica:

[...] o juiz precisa julgar o caso concreto; o legislador precisa interpretar, por exemplo, a Constituição Federal, para criar normas que a tornem efetiva; o Poder Executivo precisa interpretar normas para realizar seus atos administrativos; e os estudiosos do direito interpretam as normas e o comportamento da sociedade para orientar os intérpretes antes citados. (Essa lista é apenas exemplificativa, já que muitas outras pessoas constantemente interpretam a realidade jurídica: membros do Ministério Público, servidores públicos responsáveis pela fiscalização de estabelecimentos, policiais... e até mesmo a população, quando busca entender a norma para não contrariá-la.) (SOUZA, 2017, p. 44).

Em relação ao Poder Judiciário, a interpretação jurídica ainda mais presente diante do monopólio estatal da atividade judicial, que obriga o juiz a apreciar o caso concreto sob sua responsabilidade, o que é reforçado pelo art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), *verbis*: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” O Poder Legislativo também tem sua atividade interpretativa, especialmente quando cria normas necessárias à efetividade de direitos. Da mesma forma, “o Poder Executivo precisa interpretar as normas para realizar seus atos administrativos”, bem como “para criar atos normativos que permitam sua aplicação”. (SOUZA, 2017, p. 44-45).

Portanto, os três Poderes precisam analisar e interpretar as normas, o que revela a preocupação deste artigo em relação à correção da lei em busca da efetividade da ordem constitucional, como se verá no próximo tópico.

2 A CORREÇÃO DA LEI E A EFETIVIDADE DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A redemocratização aliada ao neoconstitucionalismo construído nas matrizes europeias que consagram direitos fundamentais (conquistados na Europa ao longo de um processo histórico específico), em terras brasileiras tem sido uma proposta desacompanhada de políticas públicas e sociais capazes de conferir eficácia e efetividade à nova ordem. Some-se a isso o agravante de existirem fortes resistências entre juristas herdeiros de uma lógica cartesiana ainda reféns do ultrapassado paradigma formal legalista de direito. Aí está uma das razões centrais para compreender o por que de, passados trinta anos de Constituição Democrática, ainda o Brasil é um país em que os princípios democráticos fazem parte de uma mera intencionalidade nem sempre ou raramente contemplada.

Essa constatação traz um panorama da dificuldade da efetividade da ordem constitucional e dos direitos fundamentais. Como o “início da institucionalização dos direitos humanos está na sua positivação por uma constituição” (SOUZA, 2017, p. 46), isso exige a vinculação do Poder Legislativo (ALEXY, 2007, p. 53).

Percebe-se que, apesar da crescente valorização dos direitos humanos por documentos nacionais e internacionais (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o International Bill of Rights de 1966), isso não tem impedido as constantes “agressões maciças aos direitos humanos, como prisões arbitrárias, torturas, [...] opressão de dissidentes políticos” (BIELEFELDT, 2000, p. 15-16). Se, no passado colonial, a face visível da exploração era a do escravo, em tempos de globalização o resultado da perversidade sistêmica (SANTOS,

2006, p. 46) são as vítimas do fascismo social, que não é aquele criado diretamente pelo Estado, mas o produto de um sistema em que o nível de competitividade acaba num individualismo arrebatador e possessivo que tudo coisifica tudo, inclusive seres humanos. Um sistema “*que comanda outros subsistemas da vida social, formando uma constelação que tanto orienta e dirige a produção da economia como também a produção da vida*”. (SANTOS, 2006, p. 48). As fragmentações resultantes da lei de mercado rompem a solidariedade social fazendo com que novas formas de perversidades sociais sejam criadas.

Assim, nas palavras de Bielefeldt (2000, p. 16): “Depreende-se que a criação de mecanismos de implementação de controle das obrigações referentes aos direitos humanos não consegue manter o mesmo ritmo que a normatização internacional desses direitos.” Ou seja, a edição de normas que realizam ou se referem a direitos humanos não é suficiente para garantir sua eficácia, assim como a existência de normas que fazem referência a dispositivos da Constituição Federal não significam, necessariamente, a efetividade da ordem constitucional.

Essa ausência de eficácia surge, por exemplo, quando um direito fundamental precisa ser “restringido pelo poder estatal na medida em que pareça necessário preservar os direitos fundamentais de outrem” (HAARSCHER, 1993, p. 13). É como se cada direito fundamental tivesse camadas e se permitisse que o intérprete afastasse camadas que impedem o outro de exercer seu direito, cuidando para que não se descaracterize o direito fundamental. E isso pode acontecer até mesmo quando uma lei limita um direito fundamental. Assim, na esfera individual, “direito fundamental é o espaço em que o indivíduo é protegido da intervenção estatal *desnecessária*. Ou seja, uma camada desse espaço permanece inviolável.” (SOUZA, 2017, p. 47-48). Para que o governante seja considerado legítimo deve respeitar essa camada inviolável do direito fundamental (HAARSCHER, 1993, p. 15). Assim, mesmo que uma norma tenha sido aprovada seguindo os trâmites “do processo legislativo, ela não será válida se afrontar um direito anterior e mais fundamental que ela. O direito fundamental essencial prevalece sobre qualquer ato de poder, por mais legítimo que tenha sido a formação desse ato” (SOUZA, 2017, p. 48).

Aplicando-se esse raciocínio ao direito à vida, percebe-se que sua essencialidade e fundamentalidade são tratadas de forma diversa a depender do tempo e do local. Na Idade Média cristã, por exemplo, o tempo e a vida terrena eram desprezados. O cotidiano era concebido como sucessão de momentos vividos e suportados por constituir-se parte de um projeto divino de redenção. Não havia progresso e inovação nos assuntos terrenos. “Em comparação com a eternidade, o tempo de existência do homem era insignificante, e, suas

vicissitudes, de nenhuma relevância moral ou filosófica” (KUMAR, 2008, p. 83). Já na cultura ocidental contemporânea, o direito à vida talvez “seja o direito que menos camadas pode perder no confronto com outro direito”. Tanto é que, tomando-se como exemplo o direito brasileiro, “se uma pessoa tirar a vida de outrem, não perderá a sua própria, apenas terá restringida sua liberdade”, já que “uma morte provocada pelo assassino e outra provocada pelo Estado (no caso de pena de morte) resultará em duas mortes, ou seja, duas violações ao direito à vida.” (SOUZA, 2017, p. 48-49).

Esse exemplo ilustra a necessidade de preservação de um núcleo de direitos. Se essa preservação é descumprida por legislador, seu produto (a lei) será controlado pela jurisdição constitucional (KELSEN, 2003, p. 155). “O controle de constitucionalidade repressivo pressupõe, no entanto, que a lei inconstitucional gerou efeitos enquanto não houve a declaração de sua inconstitucionalidade” (SOUZA, 2017, p. 49). Kelsen (2003, p. 171), até mesmo, recomenda, com base na segurança jurídica, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não sejam retroativos, subsistindo “todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão”.

Isso demonstra como é problemático que se permita a vigência de uma lei que afeta a ordem constitucional e os direitos fundamentais. Por isso, o ideal seria que esse tipo de lei sequer surgisse, como se realizasse um controle preventivo de sua constitucionalidade. Nesse sentido, “o cuidado na elaboração do projeto de lei pode significar um controle preventivo de sua constitucionalidade ou legalidade, de forma a evitar ações judiciais que venham a atacar a lei já promulgada”. (SOUZA, 2017, p. 49). Essa é a proposta realizada no próximo tópico.

3 A APLICAÇÃO DO DISCURSO IDEAL DE ROBERT ALEXY NA FORMAÇÃO DO PROJETO DE LEI

Os direitos fundamentais e a efetividade da ordem constitucional devem servir de limites para a elaboração de qualquer norma. Para isso, pode-se aplicar o preceito da proporcionalidade, envolvendo a necessidade, a adequação e a ponderação, para evitar um direito fundamental receba uma intervenção desnecessária, pois ninguém “deve ser obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (MELLO, 1991, p. 66). Isso exige que o poder político seja restringido e limitado para que não se exceda e seja arbitrário (LOEWENSTEIN, 1970, p. 28).

A luta pela concretização de direitos fundamentais em uma constituição democrática dirigente¹ impõe tarefas necessárias para legitimar materialmente o novo projeto político. Portanto, a Constituição deixa de ser um mero instrumento de governo (definidor de competências e formas de poder) para assumir a função programática, impondo tarefas e finalidades do Estado (CANOTILHO, 2007).

Quando o elaborador de um projeto de lei precisa argumentar para convencer as pessoas a respeito da necessidade daquela norma e de seu conteúdo, percebe-se uma limitação na sua atuação. Isso porque, o fato de ter que argumentar retira ou diminui a possibilidade de impor uma norma de forma arbitrária, gerando o Robert Alexy (2007, p. 28 *et seq*) aponta como discurso ideal, que deve afastar o conteúdo da futura norma de interesses particulares, aproximando-a de informações reais, verdadeiras e mais próximas da necessidade da sociedade.

“A busca de atendimento do discurso ideal na elaboração de leis identifica-se com a essência do Estado Democrático de Direito, já que visa desenvolver uma ampla discussão durante a elaboração da lei, inclusive com a minoria que não está no poder, de forma a alcançar um conteúdo justo e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais”. No entanto, para que o discurso ideal não se torne mera recomendação, “deve-se construir meios de exigir que a elaboração de leis e atos normativos passe por etapas que garantam a constitucionalidade, a legalidade e a eficácia da regra que se está construindo”. (SOUZA, 2017, p. 50).

A aplicação do discurso ideal na elaboração do projeto de lei exige que: ninguém seja excluído do debate que define seu conteúdo; haja um ambiente que impeça a dominação de alguém; as discussões sejam realizadas por meio de argumentações claras e precisas; os participantes tragam informações que sejam verdadeiras e que estejam de acordo com a realidade; cada participante, durante o discurso, se entenda a situação do outro e se coloque no lugar dele.

Defende-se, dessa forma, que o discurso ideal pode ser um excelente instrumento para a correção do conteúdo da lei. Para isso, a elaboração do projeto de lei precisaria pressupor um discurso do qual ninguém tivesse sido excluído e no qual ninguém dominasse, com argumentações claras e precisas, tendo-se realizado suposições somente acertadas ou

¹ Sem enfrentar a discussão entre as correntes que consideram a constituição um simples instrumento de governo que define competências e regula procedimentos e os que defendem que a constituição deve aspirar adquirir o *status* de um projeto político que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e a sociedade em geral, a corrente constitucionalista crítica supera a concepção reducionista da Constituição advogando a necessidade de exigir a fundamentação substantiva para todos atos do poder público, aqui incluindo o judiciário.

prováveis sobre as circunstâncias fáticas e, durante o discurso, seus participantes precisariam colocar-se um na situação dos outros (ALEXY, 2007, p. 29). Essas exigências são similares àquelas exigidas por Joshua Cohen em relação às deliberações, que devem ser argumentativas, inclusivas e públicas, livres de coerções externas e coerções internas. Além disso, aqueles que participam das deliberações devem, buscar consenso e maioria, aceitar todos os temas passíveis de deliberação e estar abertos à alteração de pré-compreensões. (COHEN, 1997).

Para que a elaboração de um projeto de lei não seja apenas uma encenação, uma aparência de solução democrática, “é preciso que os dados trazidos à discussão sejam corretos, tanto no que se refere à realidade que se quer regular pela lei, como no que se refere à solução que se quer construir”. Isso deve levar os elaboradores do projeto de lei a terem certeza em relação ao fato que está sendo abordado, à solução que está sendo construída, à redação normativa que pretende conter essa solução. (SOUZA, 2017, p. 50-51).

Um caminho para essa solução pode ser encontrado no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, que “Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado” e passou a vigorar em 1º de fevereiro de 2018. O Anexo desse Decreto traz diversas perguntas a serem feitas durante a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal. “Tais questões levam os elaboradores do projeto de lei a identificar e definir o problema, analisar a situação questionada e suas causas, definir os objetivos pretendidos, criticar as propostas apresentadas e realizar um controle prévio de resultados” (SOUZA, 2017, p. 51). Dessas perguntas que devem ser realizadas antes da elaboração dos atos normativos, destacam-se as seguintes relacionadas aos direitos fundamentais:

10. As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias constitucionais?
- 10.1. Os direitos de liberdade podem ser afetados?
- 10.1.1. Direitos fundamentais especiais podem ser afetados?
- 10.1.2. Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental afetado?
- 10.1.3. O âmbito de proteção sofre restrição?
- 10.1.4. A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados?
- 10.1.5. Cuida-se de direito individual submetido a simples reserva legal?
- 10.1.6. Cuida-se de direito individual submetido a reserva legal qualificada?
- 10.1.7. Qual seria o outro fundamento constitucional para a aprovação da lei? (Exemplo: regulação de colisão de direitos.)
- 10.1.8. A proposta não abusa de formulações genéricas? (Exemplo: conceitos jurídicos indeterminados.)
- 10.1.9. A fórmula proposta não se afigura extremamente casuística?

- 10.1.10. Observou-se o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal substantivo?
- 10.1.11. Pode o cidadão prever e aferir as limitações ou os encargos que lhe poderão advir?
- 10.1.12. As normas previstas preservam o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo judicial e administrativo?
- 10.2. Os direitos de igualdade foram afetados?
- 10.2.1. Observaram-se os direitos de igualdade especiais? (Exemplo: proibição absoluta de diferenciação)
- 10.2.2. O princípio geral de igualdade foi observado?
- 10.2.3. Quais são os pares de comparação?
- 10.2.4. Os iguais foram tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual?
- 10.2.5. Existem razões que justifiquem as diferenças decorrentes ou da natureza das coisas ou de outros fundamentos de índole objetiva?
- 10.2.6. As diferenças existentes justificam o tratamento diferenciado? Os pontos em comum legitimam o tratamento igualitário?
- 10.3. A proposta pode afetar situações consolidadas? Há ameaça de ruptura ao princípio de segurança jurídica?
- 10.3.1. Observou-se o princípio que determina a preservação de direito adquirido?
- 10.3.2. A proposta pode afetar ato jurídico perfeito?
- 10.3.3. A proposta contém possível afronta à coisa julgada?
- 10.3.4. Trata-se de situação jurídica suscetível de mudança? (Exemplos: institutos jurídicos, situações estatutárias, garantias institucionais.)
- 10.3.5. Seria recomendável a adoção de cláusula de transição entre o regime vigente e o regime proposto? (BRASIL, 2017)

Se essas questões fossem realizadas também na elaboração de projetos de lei, e se fossem corretamente respondidas, seria realizado um importante filtro para evitar a afronta a direitos fundamentais.

Outro aspecto importante a ser observado na elaboração do projeto de lei diz respeito aos seus participantes. No direito brasileiro, existem algumas regras nesse sentido, que envolvem, por exemplo, “a iniciativa popular; a consulta a Conselhos vinculados ao Poder Executivo e aos órgãos de controle interno; a realização de audiências públicas na elaboração do Plano Diretor e das leis orçamentárias”. É claro que a correção de uma lei não está atrelada somente à quantidade de seus participantes, mas deve considerar sua diversidade e os argumentos que estão sendo trazidos. (SOUZA, 2017, p. 51). Se um único participante defende direitos fundamentais “contra uma opinião majoritária decidida a violá-los, é este solitário que, do ponto de vista da filosofia contratualista, assume a única atitude legítima” (HAARSCHER, 1993, p. 20). A concretização das normas jurídicas, em especial as que possuem como fontes de produção os sujeitos coletiva e democraticamente organizados, livres do legalismo conservador, permite reatar vínculos e cumplicidades de emancipação humana e política. Uma permanente tarefa dialética e inacabada de edificação do sujeito cognoscente e de seu mundo existencial concreto.

Tem-se, ainda, dois aspectos formais que auxiliam na correção da lei:

(1) A estrutura da lei prevista na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que prevê técnicas de elaboração de atos normativos, que facilitam a interpretação e o cumprimento das leis. Essa Lei orienta a respeito da “utilização da técnica legislativa, com a organização de assuntos em capítulos e seções (estrutura), e clareza do texto (conteúdo), descomplica o direito e permite maior observância ao texto positivado. A técnica legislativa é, assim, um instrumento de eficácia da lei.” (SOUZA, 2017, p. 52). “O principal atributo de lei bem redigida é a correção técnica. [...] Ao lado desse, outro atributo é a clareza” (MOREIRA, 2006, p. 56), até mesmo porque “um direito exageradamente complicado é direito que fica sempre meio inobservado” (FERREIRA, 1986, p. 173).

(2) A competência para legislar, que “surge como outro limitador dos excessos do detentor do poder, distribuindo cada assunto legislativo para o ente da federação que detém, mais de perto, interesse na matéria” (SOUZA, 2017, p. 52). Nesse sentido, o Anexo do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, traz bons exemplos de perguntas que devem ser feitas antes da elaboração de uma norma:

- 3. A União deve tomar alguma providência? A União dispõe de competência constitucional ou legal para fazê-lo?
- 3.1. Trata-se de competência privativa?
- 3.2. Trata-se de caso de competência concorrente?
- 3.3. Na hipótese de competência concorrente, a proposta está formulada de modo que assegure a competência substancial do Estado-membro?
- 3.4. A proposta não apresenta formulação extremamente detalhada que acaba por exaurir a competência estadual?
- 3.5. A matéria é de fato de iniciativa do Poder Executivo federal? Ou estaria ela afeta à iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República ou do Defensor-Geral da União? (BRASIL, 2017)

Essas perguntas, se ampliadas e aplicadas no processo de elaboração de leis, permitem que se conheça “a competência legislativa para evitar que se inicie uma discussão que não será transformada em projeto de lei.” Também permite que se observe a hierarquia das normas, com destaque para a Constituição Federal e para as “chamadas leis nacionais que atingem os três entes da federação, como por exemplo, a Lei de Licitações”. (SOUZA, 2017, p. 52).

Observadas as exigências do discurso ideal de Robert Alexy, ampliadas para os itens acima abordados, pretende-se que a futura norma atenda à efetividade dos direitos fundamentais e da ordem constitucional. Parece possível, ainda, que seja reduzida a discricionariedade da atividade hermenêutica, como será abordado no próximo tópico.

4 A CORREÇÃO DA LEI E A REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO INTÉRPRETE

A necessidade de correção da lei representa um esforço em compatibilizar as ferramentas operacionais legadas pelo positivismo com o novo cenário constitucional. Vai se buscando um modelo de regras que possam dar respostas a situações fáticas não contempladas ou que confira eficácia às novas demandas sociais, evitando-se os riscos dos decisionismos e discricionariedades do profissional do direito, afastando, assim o “fantasma” do relativismo. É exatamente aí que Lênio Streck defende uma hermenêutica:

[...] há uma marcante diferença entre aquilo que tem sido chamado de ativismo jurisprudencial ou jurisprudência de valores e aquilo que denomino Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, tendo como base teórica a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica. A tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa desta crítica é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos.

[...]

A Crítica Hermenêutica do Direito, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (...) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser no mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). (STRECK, 2006, p. 138-139)

Reivindicando uma importante contribuição hermenêutica por adotar o que identifica como ontologia fundamental heideggeriana, Streck entende que seu entendimento rompe com a tradicional concepção de método. Enquanto a dogmática jurídica tradicional explica o direito a partir da concepção de que o ser (sentido) é um ente (como se os conceitos dominantes fossem apreensíveis como ente), demonstra que há uma *clivagem* entre o sujeito cognoscente e o mundo circundante, porque nunca se atinge o mundo através dos objetos diretamente, mas através da linguagem. Sua proposta hermenêutica de tomar o texto jurídico como absolutamente inseparável de seu sentido é a condição de possibilidade de superar o paradigma tradicional de cisão absoluta entre sujeito e objeto, e com isso, rompe com a dicotomia texto-norma e vigência-validade e, por via de consequência, com qualquer pretensão compreensiva objetivista (o sentido contido no “texto” legal) ou subjetivista (o texto cede lugar a uma referência valorativa utilizada pelo intérprete) da norma jurídica. (STRECK, 2006, p. 140-141).

É indo nesta direção que Streck defende a normatização dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito como possibilidade de restringir a discricionariedade do intérprete, já que são mandatos de otimização conforme a lição de Robert Alexy (1997, p. 86-87).² Considerando os princípios constitucionais como enraizados ontologicamente – numa perspectiva fenomenológica hermenêutica – é que vislumbra a possibilidade de ruptura com o antigo modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), movendo-se o jurista numa lógica prática do direito buscando tanto a concretização de direitos fundamentais sem cair no relativismo vazio e arbitrariedades interpretativas. Por isso, se a norma já é elaborada de acordo com a ordem constitucional e atendendo os direitos fundamentais, corre-se menos risco de se relativizar algum direito previsto e afasta-se de eventuais arbitrariedades da atividade hermenêutica, numa perspectiva material-substantiva da Constituição na qual os valores substantivos representam condições de possibilidade compreensiva da ordem normativa.

Dos múltiplos caminhos trilhados pela hermenêutica jurídica brasileira crítica a partir das últimas décadas do século XX, o certo é que a abertura democrática aliada a um pensamento inovador colocado em prática por um grupo de juristas insurgentes foi traçando uma nova tarefa para o campo hermenêutico: ao mesmo tempo que se preocupa com os compromissos éticos e políticos do intérprete, rompe com a mera concepção de subsunção normativa. É isso que Paulo Bonavides define como uma Nova Hermenêutica: “Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; na Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é a concretização; ali a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada” (BONAVIDES, 1999, p. 544).

A correção da lei (aqui entendida como aquela que atende aos direitos fundamentais e à ordem constitucional), evitaria a desigualdade e seletividade que se percebe no Brasil, sobretudo no circuito da violência penal, que reproduz sistematicamente processos de exclusão e vitimização aos setores populares, desonrando e desrespeitando grupos sociais que compõem as *zonas de selvageria*, expondo sofrimento e intimidade de seres humanos, que perversamente, são transformados em “descartáveis” por “terem rompido o contrato social” e

² Conforme preleciona Robert Alexy na obra *Teoria de los Derechos Fundamentales* (1997, p. 86-87), o ponto decisivo para distinguir regras de princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, constituindo os princípios mandatos de otimização que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em distintos graus e na medida devida de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. As regras são normas que apenas “podem” ou “não” serem cumpridas. Se uma regra é válida então é necessário que seja cumprida em sua exata medida.

por isso, transformados em seres desprovidos de direitos aos quais apenas resta a vida biológica por isso sujeitos ao “direito penal do inimigo”. (GÜNTER; CANCIO, 2006).

Estes são os sujeitos desprovidos de “linguagem”, invisibilizados, portanto, hermenêuticamente, e que provavelmente não terão voz na elaboração da lei. Em que pese, o esforço constitucionalista crítico e sua incansável luta pela democratização, resta em aberto um espaço jurídico que não pôde ser preenchido pelas práticas hermenêuticas críticas. Portanto, é possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências descolonizadoras brasileiras, na tentativa de ampliar espaços presentes emergentes. A tentativa é que, ampliando-se a proteção dos direitos fundamentais na elaboração da lei, mormente os direitos fundamentais dos desprovidos de linguagem, se evitaria a discricionariedade hermenêutica que aponta para decisionismos e parcialidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira “prevê algumas etapas e requisitos para a elaboração de leis”. Mas ainda falta “encontrar meios eficazes de aplicação do discurso ideal e da ponderação (como etapa da máxima da proporcionalidade) ainda na fase de construção do projeto de lei”. (SOUZA, 2017, p. 52). Mas isso não impede que sejam elaboradas (e promulgadas) normas inconstitucionais e que desrespeitam os direitos fundamentais. E, estando em vigor essas normas, corre-se o risco de os intérpretes, ao realizarem a atividade hermenêutica, continuarem afetando a ordem constitucional e os direitos fundamentais.

Ao serem incorporados princípios democráticos como a dignidade humana e solidariedade social ao direito positivo, houve uma necessária relação entre o direito como é (ser) com o direito como deve ser (dever-ser), o que passou a demandar a necessidade de não apenas compreender melhor o sistema normativo, mas, sobretudo, criar mecanismos de operacionalidade e eficácia ao catálogo de direitos fundamentais privilegiados pela Constituição de 1988.

Por isso, o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica. É um espaço de aproximação e de assunção de responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão são elaboradas com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado.

A questão hermenêutica deve ultrapassar a mera compreensão das expressões escritas por outrem, exigindo a capacidade de transportar-se para este outro no sentido da compreensão da vida expressa na escrita. Sob esta perspectiva, amplia-se a questão do compreender tomando-a como a tarefa de reproduzir o encadeamento de um sentido vivido expresso nos signos e fixados pela escrita e não tão somente apreender a vida psíquica de outrem expressa nos textos.

Enquanto não se ampliam as condições e os espaços de participação dos destinatários da norma, o que se propõe é que se busquem, ao máximo, atender aos requisitos que Robert Alexy aponta para o discurso ideal. Isso exige que a discussão do conteúdo da lei conte com uma diversidade de participantes, que tenham condições de argumentar e contra-argumentar de forma clara, sem dominações, com informações que dizem respeito à realidade a ser tratada, e que os participantes se coloquem no lugar uns dos outros. Além disso, é necessário que se analise quais direitos fundamentais e garantias constitucionais estão sendo protegidos ou afetados, que restrições estão sendo aplicadas e em que medida.

Atendidas essas condições, seria reduzida a possibilidade de entrar em vigor uma norma que afete os direitos fundamentais, o que seria problemático em, ao menos, dois aspectos: enquanto essa norma não fosse controlada judicialmente estaria em vigor e gerando efeitos; permitiria que o intérprete relativizasse o direito fundamental e escolhesse afastá-lo em situações que (discricionariamente) entendesse adequadas. Para evitar esses aspectos, seria necessário desenvolver como tarefa cotidiana do jurista a permanente luta pela vida democrática e a garantia de direitos fundamentais (LYRA FILHO, 1980).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. trad. Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

- BRASIL. Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. *Diário Oficial da União* de 03 de novembro de 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União* de 09 de setembro de 1942.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 2007.
- COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1997, p. 67-91.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.
- FERREIRA, Pinto. “Técnica legislativa como a arte de redigir leis”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 89, jan./mar. 1986.
- GÜNTHER, Jakobs; CANCIO, Manuel Meliá. *Derecho Penal del Enemigo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos Direitos do Homem*. trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha, 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-Industrial à Sociedade Pós-Moderna: Novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2.ed., rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Nova Definição de Sentença”, *Revista IOB Direito Civil e Processual Civil*, a. VII, n. 41, mai./jun. 2006, p. 51-60.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2006.

- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de. O conteúdo do projeto de lei e o discurso ideal de Robert Alexy. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. IV (16), p. 43-54, 2017.
- STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.