

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS II**

**BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO**

**KIWONGHI BIZAWU**

**MARGARETH ANNE LEISTER**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/  
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Kiwonghi Bizawu, Margareth Anne  
Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-100-5 2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .  
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder  
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

---

### **Apresentação**

A tarefa de promover o conhecimento, de estimular valores e de desenvolver a pesquisa não é nada simples. Sua complexidade decorre de uma imensidão de fatores, inúmeras dificuldades para a superação de entraves que marcam as determinantes do processo de produção do conhecimento.

O presente livro é composto por vinte e seis artigos, que foram selecionados por pareceristas .

Os autores apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos, e suas conclusões foram objeto de amplo debate, no qual coordenadores, autores e a comunidade científica presente puderam contribuir com a pesquisa.

Em linhas gerais, o primeiro debate girou em torno do ser humano como sujeito do direito internacional e as doutrinas relativismos e universalistas.

No segundo debate, foram abordados temas como paz Internacional, ingerência ecológica e liberdade religiosa.

O terceiro debate deve como foco o sistema interamericano de direitos humanos, mais especificamente a Corte Interamericana e os tratados internacionais de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O quarto debate tratou da condição dos refugiados e a imigração no Brasil.

Ainda, foram abordados temas variados como: violação aos direitos humanos da mulher, do idoso e o controle de convencionalidade.

Desse modo, o artigo de Renata Albuquerque Lima , Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior analisa as consequências da proteção internacional dos direitos humanos, verificando-se a necessidade de compreender o valor do indivíduo no cenário internacional, bem como a necessidade de refletir sobre o conceito de soberania historicamente construído. Quanto ao artigo de lavra de Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela, tem por objetivo investigar se a pessoa humana é sujeito de direito internacional, sob o abrigo da cidadania, e a partir de que

momento foi possível considerar tal afirmação. No mesmo diapasão se situam Gustavo Bovi Gonçalves , Pedro Henrique Oliveira Celulare ao apresentarem uma discussão sobre o conceito de Estado soberano ante a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural. Sabrina Nunes Borges , Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy fazem um estudo sobre o surgimento dos direitos humanos como resposta ao abuso e desrespeito praticado pelo homem contra o próprio semelhante. Já Frederico Antonio Lima De Oliveira , Alberto de Moraes Papaléo Paes instigam o espaço da Revista Ensino como um instrumento dialético através da possibilidade de crítica e réplica, apostando numa visão universalista dos direitos humanos.

Para Késia Rocha Narciso , Roseli Borin, numa linguagem poética, a Paz internacional est vista como como direito humanona ótica do efeito borboleta. Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio , Rafael Figueiredo Fulgêncio examinam a violência soberana positivada através das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que estabelecem sanções aplicáveis ao Talibã e à Al-Qaeda, como diplomas jurídicos. Luiza Diamantino Moura aborda a construção da noção da ingerência ecológica como instrumento jurídico para salvaguardar o ambiente dos danos ecológicos. Rafael Zelesco Barretto comenta a relação entre a Sharia, ou lei islâmica, e a liberdade religiosa, enfatizando a possibilidade de múltiplas interpretações das principais fontes deste ordenamento jurídico. Jahyr-Philippe Bichara apresenta uma reflexão sobre imigração e direito internacional, abordando um aspecto jurídico mais complexo da imigração, partindo da soberania dos Estados. Aline Andrighetto destaca em seu artigo os Pactos Internacionais protetores de grupos sociais minoritários, demonstrando a efetividade do compromisso assumido pelos países signatários. Gilda Diniz Dos Santos em belo texto ressalta a jurisprudência internacional e tratados internacionais de direitos humanos contribuindo para efetivação dos direitos humanos do trabalhador. O artigo de Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento , Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento examina a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Clarice Gavioli Boechat Simão "analisa o processo de regionalização da proteção dos direitos humanos, abordando suas justificativas e progressos obtidos, notadamente a partir da ótica interamericana, com suas peculiaridades." Débora Regina Mendes Soares faz "uma análise acerca de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais de grupos vulneráveis integrarem o núcleo duro de normas universais e cogentes identificadas pelo Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos como Jus Cogens, especificamente no âmbito da seara da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos." Maria Lucia Miranda de Souza Camargo analisa a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos ocorridas no país, em razão dos casos que passaram a ser julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Geraldo Eustaquio Da Conceição analisa o instituto do refúgio no Brasil, partindo das Declarações da ONU e da

legislação brasileira sobre o tema. Cecilia Caballero Lois e Julia de Souza Rodrigues escrevem sobre as deliberações das reuniões ordinárias e extraordinárias realizadas no Conselho nacional de Imigração no período compreendido entre 2013 e 2014, para compreender melhor a formulação dos principais mecanismos criados pelo governo brasileiro para regular a permanência de nacionais haitianos por razões humanitárias no Brasil. Erica Fabiola Brito Tuma e Mariana Lucena Sousa Santos tecem críticas contra duas decisões de diferentes cortes acerca do respeito, proteção e aplicação do direito à saúde. Lino Rampazzo e Aline Marques Marino procuram discutir a situação da migração interna no Brasil dentro da Lei nº 6.815/1980, denominada Estatuto do Estrangeiro, tomando como referência os projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas (PL nº 5.655/2009 e PL nº 288/2013) à luz do direito internacional e da Constituição brasileira de 1988, resgatando, para tanto, o princípio da dignidade humana. Artenira da Silva e Silva Sauaia e Edson Barbosa de Miranda Netto analisam "as interpretações explicitadas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acerca da Lei Maria da Penha em sede de Conflitos de Competência." Antonio Cezar Quevedo Goulart Filho faz apontamentos críticos às violações de direitos humanos dos idosos. Igor Martins Coelho Almeida e Ruan Didier Bruzaca estudam o direito de consulta prévia na América Latina, tendo em vista o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. Valdira Barros estuda a eficácia dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo por referencial empírico o chamado caso dos meninos emasculados do Maranhão, analisando-se a denúncia internacional apresentada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos sobre o caso. A seu turno, Joao Francisco da Mota Junior indaga a implementação da LAI pelos estados federados e a violação ao pacto San Jose de Costa Rica. João Guilherme Gualberto Torres e Geovany Cardoso Jevaux apresentam o ensaio intitulado "Ensanchas de um controle de convencionalidade no Brasil: três casos sob análise." Cassius Guimaraes Chai e Denisson Gonçalves Chaves abordam o Controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro, expondo, quanto à sua aplicabilidade, suas tipologias e delimitações teóricas e práticas.

**CRÍTICAS À PERSPECTIVA UNIVERSALISTA DO JUS COGENS  
(NOVAMENTE) ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO**

**CRITICS TOWARDS THE UNIVERSALIST PERSPECTIVE OF THE JUS  
COGENS (AGAIN) BETWEEN SUBSTANCIALISM AND PROCEDIMENTALISM**

**Frederico Antonio Lima De Oliveira  
Alberto de Moraes Papaléo Paes**

**Resumo**

O objetivo central deste trabalho é instigar o espaço da Revista Ensinagem como um instrumento dialético através da possibilidade de crítica e tréplica. Para tanto, partindo do conceito do Jus Cogens, trazido na pesquisa da Prof. Luna Freitas, pretendemos debater acerca da Filosofia do Direito e da Teoria do Direito e seus reflexos na universalidade dos Direitos Humanos, para, então, refletir sobre sua aplicabilidade no contexto social amazônico.

**Palavras-chave:** Jus cogens, Direitos humanos, Teoria do direito, Direito internacional

**Abstract/Resumen/Résumé**

The main objective of this paper is to instigate the space of Ensinagem review as a dialectical instrument utilizing the possibility of criticism and treplic. In this sense, beginig with the concept of Jus Cogens, brought by Professor Luna Freitas, we intend to debate Law Philosophy and Law Theory and its reflexions on the universality of Human Rights, so, then, we can reflect about its aplicability in amazonic social context.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Jus cogens, Human rights, Law theory, International law

## 1. Introdução – O Espaço Acadêmico como “discursividade”, premissas e objetivos.

Decorrem-se cerca de três anos do lançamento da primeira edição da Revista Ensinagem. Neste meio tempo diversas conquistas e avanços foram tomados em relação à pesquisa acadêmica e sua produção na Região Norte. Este periódico se insere nos liames deste movimento nortista tendente ao recrudescimento dos trabalhos científicos na cidade de Belém e que (hoje) já alcança diversos outros lugares pela repercussão dos artigos, ou por promoção dos autores, ou pela acessibilidade via *internet*. Neste processo a comunidade acadêmica sai vencedora na medida em que se instaura um lugar no qual o conhecimento, livre e desprendido de qualquer amarra, produz-se e reproduz-se com o único objetivo de ser além do que é. Tal felicidade, entretanto, tem sido reduzida pela ausência de “discursividade”. Este termo é empregado no sentido propugnado pelo professor Robert Alexy (2008-a, pág. 09) cuja argumentação é demais contundente, uma vez que a “razão prática somente por institucionalização pode tornar-se real”. Sobre os fatos dados como certos não pairam dúvidas eles constituem o conhecimento científico capaz de se tornar empírico (SANTOS, 2000). São os fatos controversos, ou controvertidos, que perfazem o cerne dos debates acadêmicos da atualidade. *Ergo*, a academia prima pela necessidade de realizar a razão prática, põ-la a prova, através do *logos* (discurso) e sua existência conflitual, daí o sentido de discursividade.

Ora, nesta seara é que pretendemos com esta singela contribuição efetuar uma dupla homenagem. Uma delas referente à pessoa querida que dirige a Faculdade de Belém (FABEL) e o conselho editorial deste periódico: a Professora (e amiga) Luna Freitas. Bem, para tanto, tivemos que selecionar dentre sua bibliografia um trabalho relevante e, por sorte, encontramos-la no histórico da revista em sua primeira edição. Desta forma, a segunda homenagem é para a própria Revista Ensinagem. Num quadro geral, esperamos fomentar ainda mais a pesquisa e o debate acadêmico para que novos trabalhos e críticas possam surgir a partir desta iniciativa. O trabalho a que nos referimos trás como instigação o problema da proteção internacional aos Direitos Humanos convergindo-se a questão fulcral sobre a Amazônia e os Direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Para tanto a Professora Luna Freitas (2012) utiliza como ponto de partida uma expressão conhecida por *Jus Cogens*. O termo é apresentado na introdução do trabalho e conceituado conforme segue na primeira nota de fim como

“(…) uma palavra latina que significa direito obrigatório. Constitui-se em norma maior que tem como essência a impossibilidade de violação, como por exemplo, qualquer prática que envolva genocídio, escravidão, ou ameaça à integridade territorial de outro Estado vai de encontro ao *jus cogens*. Podem ser vistos, também, como princípios da lei internacional, assim fundamental, que nenhum Estado pode os ignorar ou tentar realizar qualquer ato que os desrespeitem”. (FREITAS, 2012, pág. 60).

Decerto que a pesquisa se desenvolve para demonstrar que os conceitos de Globalização e Proteção Internacional têm se modificado para suprimir os equívocos passados de nossa

sociedade. Para garantia da Igualdade Soberana e a Proteção da Amazônia é necessário um reforço nas normas de Direito Internacional, especialmente naquelas determinantes relacionadas ao *Jus Cogens*. O exemplo citado ao longo do texto diz respeito ao chamado Tratado de Cooperação Amazônico (TCA) que, dentre outras coisas “representa um importante elemento de desenvolvimento e cooperação, no qual estão contidas e respeitadas as normas peremptórias, todas de vital importância na garantia do gerenciamento pleno dos recursos amazônicos” (FREITAS, 2012, pág. 54). Isto se dá por conta da necessidade de se impor uma conduta esperada para as Soberanias num plano internacional de respeito aos padrões mínimos exigidos na defesa dos Direitos Humanos. Justamente neste contexto é que alocamos a crítica e um posicionamento relativo à matéria. No cerne específico da intenção do trabalho em apreço, concordamos com a premissa de que os Direitos Humanos podem (e muitas vezes devem) interferir na tutela dos direitos básicos das pessoas. A questão, porém, que nos chama atenção, diz respeito à natureza da defesa destes direitos no Brasil e no mundo.

É preciso refinar ainda mais este argumento para que fique clara a intenção desta crítica. É notório que o debate acerca dos Direitos Humanos é mais evidente depois do fim do segundo pós-guerra, encerrando-se as menções aos chamados Direitos Naturais<sup>1</sup> (SARLET, 2007). Uma posição interessante é a da professora Flávia Piovesan (2009) de que a falência das ditaduras constitucionais marca o fim do positivismo (clássico) e a necessidade de inserção de um conteúdo axiológico aos direitos reconhecidos pelo Estado ao Cidadão. Desse modo, esses direitos fazem com que rediscutamos acerca da relação entre Direito e Moral. Para a Teoria do Direito, a inserção dos debates sobre os Direitos Humanos é marcante para a configuração do chamado “pós-positivismo”. Em posicionamentos diferentes o professor Fábio Konder Comparato (2010, pág 40) afirma que a menção aos Direitos Humanos pode ser encontrada na história inclusive pela mitologia Grega no mito de criação do mundo com Prometeu e Epimeteu. Ou, como diz o professor Luiz Alberto Rocha (2010, pág 02), da relação entre dominantes e dominados através da discussão acerca do Poder. Queira-se adotar uma corrente de justificativa ou outra, a realidade é que tanto os Direitos Humanos quanto o Direito Constitucional de um país (e consequentemente sua jurisprudência) discutem questões morais complexas.

Afirmar isto é, intrinsecamente, afirmar que a clausura operacional conferida ao Direito pela Teoria Pura de Kelsen (2006) é atacada em sua base estrutural, metodológica, pois no estado de “pureza” do Direito, a moralidade de um povo não constitui o traço mais crucial para as questões morais complexas discutidas pelo Direito. Daí, diversos excessos podem surgir. Posições extremadas de defesa dos Direitos Humanos que são, em última análise, elas próprias

---

<sup>1</sup> Note-se que para Ingo Wolfgang Sarlet as discussões sobre o Direito Natural foram superados pelos debates acerca dos Direitos Humanos pois a sua conexão filosófica tem referências às obras de São Tomás de Aquino e Aristóteles (por exemplo) e as releituras referentes a estas teses tornam-se escassas no nosso tempo. Existem, contudo, exceções como na tese de doutorado arrojada do professor Wilson Englemann da UNISINOS sobre os Direitos Naturais no século XXI.

um ataque á suposta moralidade dos direitos defendidos<sup>2</sup>. Cite-se como exemplo o argumento da máxima punição ao crime (morte, flagelo, etc.), sustentada corriqueiramente pelos habitantes de Belém (PA). E sobre este excesso debruçam-se os nossos estudos mais recentes. De toda forma, a defesa da moralidade e a sua relação com o Direito impera uma rediscussão de alguns dos termos utilizados pela tradicional doutrina e por esta razão precípua é que nosso trabalho se propõe a redimensionar o termo e a aplicação do que se conhece como *jus cogens*. Isto implicaria numa reconstrução às bases da proposta do artigo apresentado pela professora Luna Freitas (2012).

Vamos tomar por base algumas ideias acerca da noção e compreensão sobre *jus cogens*. Na primeira delas encontram-se autores, a quem chamaremos de céticos, que acreditam que sendo um imperativo normativo geral e internacional o seu sentido poderia se perder no globo e não conseguir garantir a efetividade pretendida. Para essas pessoas, então o *jus cogens* não poderia existir concretamente, apenas abstratamente. A base desses céticos é a crítica sobre a tese da universalidade dos Direitos Humanos. De outra sorte, existem autores que acreditam ser possível construir imperativos capazes de, além de flexibilizar as Soberanias internacionais, convergir interesses para consecução de determinadas metas de conteúdo moralizante, estes teóricos chamaremos de universalistas. As duas correntes são conflitantes e possuem razões diferentes para existir.

Elas podem ser dilatadas em diversos outros argumentos que possuem desenvolvimentos notáveis. A exemplo: a) para os céticos; a1) os Direitos Humanos não são universais; a2) as Soberanias Internacionais podem revogar os tratados e acordos internacionais de acordo com seu melhor interesse; a3) a cultura de um povo pode preencher as lacunas axiológicas do direito de modos diferentes e conflitantes entre os povos; a4) a universalidade aplicada à moralidade comporta diversos extremos conflitantes. Entre outros argumentos relevantes. De outra sorte: b) para os universalistas; b1) os Direitos Humanos são universais; b2) as Soberanias Internacionais podem ser flexibilizadas pelo conteúdo moralizante do Direito; b3) a universalidade trata de uma regra de conteúdo geral capaz de ser interpretada sem perder seu sentido mais básico; b4) salvaguardando o conteúdo central da moralidade a universalidade pode ser construída argumentativamente. Entre outros argumentos relevantes.

Se os céticos ouvissem falar da aplicabilidade do *jus cogens* no aumento da proteção aos direitos sobre o meio ambiente (ou qualquer outro direito) eles argumentariam que o conteúdo moralizante da proteção poderia significar tanto uma cooperação para uso comunitário, como o fechamento das fronteiras para a exploração individual e reprodução internacional. E eles o fariam com a certeza de que suas soberanias seriam capazes de garantir tal escolha. Enquanto isso, para a mesma situação os universalistas diriam que: a) ou os valores

---

<sup>2</sup> É o que sustenta Ronald Dworkin no sétimo capítulo de “Levando os Direitos à Sério” com o título homônimo à obra.

morais da sociedade possuem uma força de reprodução das teses e teorias jurídicas; b) ou a sociedade pode construir racionalmente o conteúdo desses direitos através de argumentação. Explicado isto, conseguimos visualizar o quadro geral a que nos propusemos pesquisar. Nosso trabalho é uma crítica da perspectiva universalista pelo prisma da linguagem e da historicidade da compreensão, portanto, visamos construir um argumento cético quanto à compreensão do *jus cogens*. Reconhecendo a fragilidade de alguns pontos desta tese dos cétricos pretendemos focalizar nas tensões: a) universalidade através da tradição no horizonte da compreensão; b) a fragilidade da tese substancialista sobre a moralidade do direito; e c) a fragilidade da tese procedimentalista sobre a teoria da argumentação.

Na primeira parte do trabalho atacaremos o tópico “a” dos objetivos: a universalidade através da tradição no horizonte da compreensão. Como objetivo específico neste momento da pesquisa a ideia é trazer à baila os trabalhos de Martin Heidegger (2005) e Hans Georg-Gadamer (1995). O primeiro serve-nos para a justificativa do sentido transcendental do “ser” e suas implicações na viragem ontológica na hermenêutica do direito. O segundo para a construção destes horizontes da compreensão e a sua significância a partir da historicidade da linguagem e da tradição interpretativa. A crítica é necessária, pois visa ao ataque à imperatividade dessas normas cogentes. Num segundo momento nossa crítica passa ao tópico “b” e “c” dos objetivos. A exposição da teoria do direito de Ronald Dworkin (1978) e de Robert Alexy (2011) será criticada a partir do ponto de vista da teoria do direito no Brasil e a necessidade de sincretismo metodológico da atual dogmática jurídica.

Após o desenvolvimento destes tópicos, pretendemos analisar os reflexos destas cogitações e suas implicações no contexto social da Amazônia e dos direitos que envolvem o meio ambiente, trazendo, desta forma, um cunho bem pragmático para a discussão que nos propusermos trazer. Somente após este percurso é que apresentaremos nossas conclusões (parciais) sobre a pesquisa desenvolvida. Como de praxe, apresentá-las-emos na forma de tópicos para melhor explanação dos argumentos que foram construídos ao longo do presente. Bem, como um dia ensinou Thomas Khun (2003, pág. 35) a volatilidade dos paradigmas da ciência deve ser observada pelo viés da falseabilidade dos seus métodos. Os métodos científicos são verdades temporárias, os debates sobre o conhecimento é que vão para posteridade. Investir nisso não é só investir em si, mas, precipuamente, na dialética, no conhecimento e na academia. Estas são as explicações iniciais do nosso trabalho.

## **2. O Fenômeno da Compreensão enquanto objeto da historicidade.**

Dizer que o Direito é uma Ciência Pura, ou apenas um ramo das Ciências Sociais (que se produz de forma aplicada), é ao mesmo tempo dizer que se sabe completamente o que é Direito e o que é uma Ciência Pura, ou ainda, o que é, de fato, Ciência. Esta é uma argumentação que segundo Miguel Reale (2007) remonta à compreensão da Teoria Geral do

Conhecimento, na medida em que é possível apreender o sentido do objeto (do “ser” pesquisado) a partir das “Condições subjetivo-objetivas transcendentais” e das “Condições subjetivo-objetivas positivas” (REALE, 2007, pág. 22). Tal problemática leva à divisão entre a Ontologia e Gnoseologia (no que tange às primeiras condições), e a da Epistemologia, da Lógica Formal ou Analítica e da Lógica Concreta ou Metodologia (no que tange às segundas condições). Desse modo, os conceitos que eram absolutos para os diversos ramos do conhecimento começam a se complementar e a se flexibilizar. A ressonância intersistêmica influi diretamente na apreensão do “ser” contemporâneo, mas isso não é uma conquista recente. Talvez compreender o método o seja. Todavia, a sucessão de fatos que levam á exata compreensão deste tempo presente remonta ao que ficou conhecido como o processo de virada ontológica na filosofia. Tal processo torna-se o primeiro fator para rediscussão da proposta universalista do *jus cogens*.

### **2.1. Dasein.**

A apreensão do sentido do “ser” é relida por Martin Heidegger (2005) em “Ser e Tempo”, que já em suas primeiras linhas sentencia: “‘ser’ é o conceito mais universal e o mais vazio. Como tal resiste a toda tentativa de definição. Esse conceito mais universal e, por isso, indefinível prescinde de definição” (pág. 27). Tal questão ainda pode ser observada da seguinte maneira; a compreensão do “ser” tende a análise do sentido universal, na medida em que não se pode deixar adstrita a sua realidade um estudo formal de gênero<sup>3</sup>, mas, sim de transcendência. Problema este que vem a ser revisitado por Hegel que chega a conclusão de que a determinação do “ser” é a de uma figura que é imediata e indeterminada, além de obscura. Diz isso porque acredita que ainda haja uma necessidade latente de rediscussão sobre a descrição do “ser” e seu sentido, travada de forma ulterior que venha a clarear (ou obscurecer) ainda mais a aplicação. Por consequência, pela máxima universalidade do “ser”, este passa a conhecer-se como indefinível. A relação tangencia-se a diferenciação entre o “ente” e o “ser”. Uma compreensão do “ser” encontra-se embutida da compreensão do “ente”, todavia, Como ensina Heidegger (2005), “não pode ser determinado, acrescentando-lhe um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores” (pág. 29).

Nesta lógica, portanto, é possível perceber que a descrição do “ente” é mais clara que a descrição do “ser”, ela é mais tangível de explicação prática, pelo que conclui-se que ambos não podem ser confundidos e que nem por isso a questão do “ser” encontra-se resolvida, na verdade ela permanece obscura e indefinível. De outra sorte, a evidência do conceito do “ser” dá-se por si mesma. Quer dizer, na verdade, que todo mundo consegue compreender a frase “eu sou

---

<sup>3</sup> Explicada de melhor forma; trata-se da “variedade multiforme dos conceitos reais mais elevados de gênero” (HEIDEGGER, 2005, Pág. 28)

feliz”, entretanto, a compreensão usual disso gera, de fato, incompreensão. Para que o ente consiga interagir com todo o processo de compreensão em torno da proposição (“ser”) é necessário que se pergunte, “o que é ser feliz?”; “o que é ser?” e “quem sou ‘eu’?”. Nesse sentido:

“A bem verdade, não sabemos nada, ou melhor, o que esta compreensão ordinária do ‘ser’ mostra é que ela é, precisamente, ordinária, mediana e vaga. Ela constitui por si mesma um fato, mas não podemos usá-la como alibi para uma preguiçosa inquestionabilidade” (DUBOIS, 2004, pág. 21).

Na mesma seara, podemos dizer que a necessidade de revisitação da questão do “ser” é feita em Heidegger (2005) como a destruição da história da ontologia, justamente por conta do re-estudo da estrutura formal da questão do “ser”. Tal estrutura pode ser compreendida a partir da visão do questionado (*das Gefragte*), do perguntado (*das Erfragte*), e o interrogado (*das Befragte*). Segundo Heidegger (2005) “questionar é procurar cientemente o ente naquilo que ele é e como ele é” (pág 30), de toda sorte, a estrutura, então, depende da figura daquilo que é questionado, o que perguntamos a seu respeito e o quem interrogamos (sobre o questionado) para obter a solução sobre o perguntado. De outra forma, para saber o preço (perguntado) do pão (questionado), pergunta-se ao padeiro (interrogado). A problemática que surge da estrutura formal da produção de sentido do “ser”, fica alocada no momento em que se dá a compreensão deste último. Será mesmo que se possui uma pré-compreensão do “ser” antes de se perguntar? Segundo Heidegger (2005)

“sem dúvida, até hoje, em toda ontologia, o ‘ser’ é pressuposto, mas não como um conceito disponível, não como o que é procurado. A ‘pressuposição’ do ser possui o caráter de uma visualização preliminar do ser, de tal maneira que, nesse visual, o ente previamente dado se articule provisoriamente em seu ser. Essa visualização do ser, orientadora do questionamento, nasce da compreensão cotidiana do ser em que nos movemos desde sempre e que, *em última instância pertence à própria constituição essencial da pré-sença*” (pág. 34).

Ora, por tal lógica, a explicação da questão do direito enquanto “ser” leva a recolocação da estrutura formal. Se se quer saber o que é (perguntado) o direito (questionado) pergunta-se a quem? Onde é possível colocar-se o interrogado na estrutura de apreensão do sentido do direito? Ainda, se se opta por colocar o cientista como interrogado, a resposta será diferente se se optar por colocar o filósofo, o sociólogo, o político, etc. no mesmo lugar? Por fim, todas estas tomadas de posição ainda que divergentes, não seriam justamente o “ser” do direito, porque universal, indescritível e indefinível? Todavia, ao mesmo tempo, ao questionar o que é o direito não existe uma pressuposição do sentido que vai nortear a questão da pergunta? Analisar-se-ão estas dúvidas por partes. De fato, não há um único interrogado para questão do direito, na medida em que ele transcende á mera compreensão usual da existência das coisas. Esta conclusão é um fato. Ao se colocar isto, a resposta que se chega para a segunda pergunta é a de

que; se existem vários interrogados para questão, existem várias respostas. Mas, qual delas é correta? Ou, existe somente uma resposta que é correta? Heidegger (2005) esclarece, ainda que não pareça, estas questões quando enuncia

“a caracterização da questão do ser pela estrutura formal da questão como tal mostrou as características próprias de seu questionamento de tal maneira que sua elaboração e solução exigem a *fortiori* uma série de considerações fundamentais. O privilégio da questão do ser, porém, só se esclarecerá completamente se o questionamento definir, de modo suficiente, sua função, seu propósito e seus motivos” (pág. 34).

Por consequência, a indefinição e a imprecisão do “ser” fazem com que existam várias respostas corretas para o questionamento da questão, dependendo do modo, da função, do propósito e do motivo de questionar. Entretanto, ainda não ficou esclarecida a questão de se existe uma pressuposição necessária para se começar a questionar. Na sentença “O céu é azul” é possível compreender, ou apreender o sentido usual, típico, ordinário do enunciado. Conhece-se o significado de céu, se se re-questionar esta significância, aparecerão outros sentidos? Se sim ou se não, a problemática é que se sai de uma pré-compreensão para uma extensão de sentido ou significado. Na medida em que o *Dasein* aloca a ideia do “ser” em “ser-com” tudo passa a depender da intenção, da subjetividade do pesquisador, porque detentor da pressuposição, da pré-concepção que vai nortear a interpretação, o conhecimento. Fala-se de uma lógica formal que explica as ciências como um conjunto de Noções Fundamentais, ou argumentos que são validados pela experiência formal. Contudo, depois de Kant, essa lógica passa a ser transcendental e isso flexibiliza, sobremaneira o primado ôntico da questão do “ser”; justamente, porque

“a investigação ontológica que se compreende corretamente confere à questão do ser um primado ontológico que vai muito além de simplesmente retomar uma tradição venerada e um problema até agora não esclarecido. Mas o primado objetivo-científico não é o único” (HEIDEGGER, 2005, pág. 38).

Como as ciências então não são o “ser” e nem o “ente”, Heidegger (2005) as define como “pre-sença”. Antes disso diz ele que “pode-se definir ciência como todo um conjunto de fundamentação de sentenças verdadeiras” (HEIDEGGER, 2005, pág. 38), mas isso não esclarece com clareza o significado, por exemplo, da ciência do direito. É possível, por outro lado, perceber que o interrogado, *lato sensu*, é o homem (enquanto ente). Dessa forma, a “pre-sença” encontra uma posição privilegiada na lógica transcendental porque na medida em que ela mesma se discute, se conhece e se reproduz. Ela não consegue, por assim dizer, encontrar um limite positivo, ou simplesmente cartesiano, para o seu sentido. Ela não possui, e não deve possuir um sentido usual; acabado. Novamente, Heidegger (2005) conclui “as ciências são modos de ser da pre-sença nos quais ela também se comporta com entes que ela mesma não precisa ser” (pág. 39). Para Christian Dubois (2004)

“as ciências ‘positivas’ dedicam-se a determinar o ente de cada domínio particular. Tal pesquisa só é possível, por sua vez, a partir do projeto ontológico desse domínio, que as referidas ciências realizam, numa tentativa de autofundação que é seu gesto inaugural, não obstante obscuro para elas mesmas. A física matemática precisa, a fim de expolar a região do ente determinada como natureza, compreender o que significa ser-natural. Em sua base, uma ciência abre seu domínio para si mesma, elaborando os conceitos ontológicos desse domínio. Mas ela não está voltada tematicamente para essa elaboração, ao menos em sua atividade ‘normal’, mas sim para a determinação do ente pertencente a seu domínio” (pág. 18).

Dubois (2004), numa releitura de Heidegger (2005), acredita que as ciências quando consideradas como comportamento humano podem ser descritas como existência deste ente, ou o modo deste ente; no caso, o homem. A conclusão a que se chega é a de que o *Dasein* constitui, na verdade, o ente, entretanto, a pesquisa científica não pode ser nem de forma única ou de forma imediata o modo de ser deste ente. O *Dasein* possui um privilégio ôntico porque ele existe, ele compreende o ser. Quer dizer então que o *Dasein* é o ente que compreende o “ser” ao mesmo tempo em que faz parte da própria essência do “ser” que compreende. Quer dizer então que o Direito enquanto “pre-sença” é o próprio ente que compreende o Direito. A isso Heidegger denomina do primado ôntico-ontológico. Por conseguinte é possível observar a desconstrução do “ser” a partir da re colocação de sua questão primordial. Contudo, cai-se, aparentemente, num abstrativismo que somente vai ser resolvido quando se aloca a questão da temporariedade na descrição do “ser”. Veja-se, novamente, Heidegger (2005)

“a pre-sença é de tal modo que, sendo, realiza uma compreensão do ser. Mantendo-se esse nexos, deve-se agora mostrar que o tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença sempre compreende e interpreta intrinsecamente o ser. Por isso, deve-se mostrar e esclarecer, de modo genuíno, o tempo como horizonte de toda compreensão e interpretação do ser. Para que isso se evidencie, torna-se necessária uma *explicação originária do tempo enquanto horizonte da compreensão do ser a partir da temporalidade, como ser da pre-sença, que se perfaz no movimento da compreensão do ser*” (pág. 45).

A partir de tal premissa importa, então, esclarecer que, usualmente, toma-se o sentido ordinário de tempo para tratar da temporariedade como aspecto da descrição da pre-sença. Fato que vem a culminar com a necessidade de delimitação e distinção da compreensão de tempo, que num primeiro momento vai ser tratado como as diversas regiões dos entes. Tratando da problemática do temporal, chega-se a conclusão de que trabalha-se (classicamente), o tempo enquanto: a) temporalidade; b) atemporalidade; e c) supratemporalidade. A segunda indica a antítese da temporalidade, alguma conduta ou ação (no sentido de existir) que não ocorra dentro do quadrante do que se considera como o tempo (já tratado como as diversas regiões dos entes); na terceira encontra-se uma grande lacuna entre a temporalidade e a supratemporalidade e a filosofia sempre busca traçar um caminho entre os dois. Ocorre que, somente da compreensão do primeiro conceito (o de temporalidade), que se torna possível determinar os outros, na

medida em que ele próprio explica, ou auxilia a explicar, os outros dois. Todavia, ao mesmo tempo, ao recolocar-se a questão do sentido da temporalidade, os outros dois conceitos que se desenvolvem e são decorrentes dela, passam a fazer parte de seu núcleo existencial. A temporalidade é pre-sença. Ainda, Heidegger (2005)

“‘temporal’ diz aqui sendo e estando a cada vez ‘no tempo’, determinação esta que, sem dúvida, é ainda bastante obscura. Persiste o fato de que, na acepção de ser e estar no tempo, o tempo serve como critério para distinguir as regiões e modos de ser. E, não obstante, até hoje não se questionou ou investigou como o tempo chegou a desempenhar essa função ontológica fundamental e com que direito funciona como critério dessa espécie e, por fim e sobretudo, como se exprime uma possível importância ontológica verdadeira do tempo nessa utilização ontologicamente ingênua. Dentro do horizonte da compreensão ‘vulgar’, o ‘tempo’ caiu, por assim dizer, ‘por si mesmo’ nessa função ontológica ‘evidente’ e nela se manteve até hoje” (pág. 46).

Neste diapasão, então, a conclusão a que se chega é a de que o tempo constitui um problema a ser resolvido pela ontologia fundamental e ele deve deixar de ser compreendido apenas como “sendo e estando no tempo” o que leva a crer que a missão a ser tomada é a de descobrir-se um sentido originário para temporalidade na busca da compreensão do ser. A essência do *Dasein*, então, fica constricta na alocação do sentido do ser no setor de desenvolvimento do ente, ou no lugar em que se dá a compreensão do ente enquanto “pre-sença”. Há, de fato, um deslocamento necessário de paradigma na filosofia heideggeriana, na medida em que a temporariedade passa a refletir na compreensão do “ser”. Aquilo que é, possui vários sentidos de ser, e todos eles acontecem de acordo com a alocação de seu sentido em face ao tempo. As coisas não existem somente em suas relações pelas coisas elas próprias; seu sentido não é tomado por elas mesmas, mas sim por sua relação com o tempo enquanto condutor da compreensão, ou nas palavras de Thomas Sheehan (1999) “*temporality is what makes possible the understanding of being, or: The meaning of being is time*” (pág. 288).

Justamente nesse momento que se introduzem as terminologias historicidade e tradição na busca pelo ente da “pre-sença” e a determinação de seu sentido para a descoberta do “ser”. A investigação da historicidade é justamente a busca da temporalidade que vai ajudar na recolocação do problema do “ser” no “tempo”. A evolução do sentido deste objeto na história (vista sob um prisma do racionalismo positivo), leva a crer que diante das várias possibilidades temporais de compreensão do conteúdo do “ser” existe um instrumento chamado de tradição, que vai construir um núcleo elementar e essencial daquilo que vai denominar o “ser” para aquele determinado “tempo”. Como conclusões fundamentais do pensamento heideggeriano Thomas Sheehan (1999) é bem objetivo ao explicar que para esta teoria a essência do ser humano consiste em transcendência, sempre já fixando-se fora e além do contato imediato com o ente de uma tal maneira que revela o ser (enquanto significância) deste ente (pág. 290). Para Sheehan (1999)

*“Heidegger also speaks of the human essence as the ‘open place’ (the Da) where being (Sein) occurs. This comes out as “Dasein” (the locus of being), a technical term that has been carried into English to name the essence of human being. As thrown projection/transcendence, Dasein is first of all an understanding of its own being. In this self-referential capacity, Dasein’s being is called ‘existence’ in the sense of ‘standing out’ (ek-sistence) unto itself. But Dasein is the only place where any instance of being shows up. Thus Dasein is disclosive of all being, and apart from Dasein, being simply does not happen. Transcendence, thrown projection, care, and Dasein are finally the same thing: the human essence as the condition necessary if the disclosure of being is to happen at all” (pág. 290).*

O *Dasein* é considerado como o “ser no mundo”, mas isso não quer dizer que o mundo seja um construto espaço-temporal que agrega entidades físicas, como por exemplo, o universo ou o planeta terra. Ele quer dizer, na verdade, sobre um conjunto de preocupações e interesses, como no caso da descrição do mundo do cientista, o mundo do pesquisador, o mundo do filósofo, ou o mundo do jurista<sup>4</sup>. Nesta descrição o mundo do homem é explicado a partir do conjunto de preocupações e interesses do homem enquanto ente atuante de seu meio; ao mesmo tempo é este homem que constitui a “pre-sença” do princípio ôntico-ontológico. Esta argumentação é o que Sheehan (1999) vai denominar de “*worldhood*” (mundanidade) a caracterização da relação entre o “ente” e os interesses e preocupações no processo de compreensão da significância do “ser”.

Quando dá-se o sentido de martelo a uma pedra, pelo simples fato da funcionalidade a que se confere ao objeto naquele determinado momento está se interpretando o sentido em termos pragmáticos. A este movimento chama-se de pré-ontologia que não requer nenhuma argumentação ou articulação temática para desenvolver o propósito a que se prende: funcionalidade. Nestes termos então, quando o Direito funciona como critério de ordenação da conduta humana ele é norma jurídica, ou lei positivada. Na mesma medida, quando a Constituição é tomada como norma jurídica de maior validade dentro do ordenamento jurídico, ela é a Lei suprema. E o *jus cogens*, portanto, norma internacional impositiva e peremptória. Para Sheehan (1999), então, “*Heidegger designates such pre-predicative awareness ‘hermeneutic of understanding’. It is made possible by one’s being-in-a-world and specially one’s structure as thrown projection*” (pág. 291). Por isso sua conclusão de que a hermenêutica em Heidegger tem mais a ver com revelar a estrutura do “ser no mundo” (contendo toda a forma de comportamento humano), do que com a mera e usual interpretação de textos. Em conclusão,

*“Heidegger distanced himself from such empty hopes. He saw the end of metaphysics not as a future achievement of large groups of people, let alone*

---

<sup>4</sup> É o que Hannah Arendt trabalha como a Condição Humana que na verdade vai explicar, ou especificar, as esferas de “ser com” nas quais o mundo do *homo sapiens* (ou *farber* como ela vai descrever após), se desenvolve na prática. Diz ela que a condição humana se desenvolve em três vetores, o Labor (como o ato natural de nascer, crescer, reproduzir e morrer); o Trabalho (como inclusão nos processos sociais e pessoais) e a Ação (no sentido de que agir, sozinho ou de forma conjunta).

*of humankind as a whole. Rather, metaphysics comes to a end only for individuals – one at a time and without apparent relation to each other – as each one, in splendid isolation, resolutely achieves the ‘entrance into Ereignis’. For all the broad historical sweep of his philosophy, for all the boldness of its call for the ‘destruction of metaphysics’, Heidegger thought ends where it began, with a call to the lone individual achieve his or her radical and solitary authenticity: ‘Werde wesentlich!’ – ‘Become your essence’” (SHEEHAN, 1999, pág. 295).*

Destarte, nossa compreensão de mundo gira em torno da temporalidade e do fenômeno aqui compreendido como “*worldhood*” (mundanidade). Argumentávamos que a visão ceticista da universalidade do *jus cogens* se utiliza desta premissa para flexibilizar a imposição de termos cuja interpretação se daria de modo presumível. A exemplo, a ideia de que todos “devem” respeitar a vida e o meio ambiente como uma um fundamento válido do direito ou da moral. Neste excesso podemos perceber que, na verdade, os céticos utilizam parte da viragem hermenêutica, a desconstrução do método interpretativo, para atribuir um sentido negativo às possíveis interpretações de conteúdo geral, ou generalizante. É como se imaginar na desconstrução dos conceitos jurídicos pela sua própria necessidade de reconstrução. Nessa perspectiva o *Dasein* ganha uma importância *sui generis* para a argumentação trazia à baila. Deveremos, contudo, reverter nossa direção para o método. Que será trabalhada no tópico a seguir.

## **2.2. *Wareheit und Methode.***

O perfil gadameriano acerca desta subjetividade deve ser observado sob o prisma da “ontologia da obra da arte e seu significado hermenêutico” (GADAMER, 1999, pág. 174) neste momento introdutório. A partir desta leitura, depreende-se que o jogo, importante e significativo, tende a apreensão do subjetivismo e o estado da compreensão daquele que joga. Por isto que Gadamer (1999) aponta para a importância desta seriedade como aquela a qual vai deixar em estado de suspensão o comportamento lúcido de “todas as relações-fins, que determinam a existência (*Dasein*) atuante e cuidadosa” (GADAMER, 1999, pág. 175); em outras palavras, a seriedade do jogo deve ser vista como aquela que aproxima de uma concepção crítica que analisa a sua própria razão de existir e não responde com conceitos que são estanques e incomunicáveis no tempo, mas que são suficientemente abertos para a composição de uma tradição ontológica para interpretação deste estado da arte ou da obra. Ele diz que

“nossa indagação quanto à natureza do próprio jogo não poderá, por isso, encontrar uma resposta, se é que a estamos esperando da reflexão subjetiva de quem joga. Em vez disso perguntamos pelo modo de ser do jogo como tal. Já tínhamos visto que não é a consciência estética, mas a experiência da arte e, com isso, a questão do modo de ser da obra de arte que terá de ser objeto de nossa ponderação” (GADAMER, 1999, pág. 175).

Se a arte for considerada como um ato, ou uma ação, então se pode dizer que a hermenêutica é uma arte. O que leva a crer, não só que a obra resultado dessa arte trata da conclusão do processo interpretativo do hermeneuta, como também que existe uma relação bilateral entre sujeito e objeto, melhor dizendo, “a obra de arte tem, antes, o seu verdadeiro ser em se tornar uma experiência que irá transformar aquele que experimenta” (GADAMER, 1999, pág. 175). Esta concepção vale muito e a metáfora do jogo, vista pelo viés gadameriano, faz com que se questione o direito. Quem são os jogadores do direito? Ou, o que é o jogo do direito? Bem, decerto que ficou-se esclarecido até o presente momento quais as “regras” deste jogo, desde a tentativa de ordenação da conduta através da norma jurídica, aplicável ou não aplicável para regra e ponderável para os princípios. Essa é a descrição ordinária do direito para a atual dogmática jurídica.

Esta expectativa serve como método de contingência da complexidade social justamente porque diminui, ou, limita às possibilidades de atuação. Nesta esteira, o que se vai perceber é o fato de que os jogadores mais influentes no campo da hermenêutica vão ser aqueles responsáveis por delimitar, pragmaticamente, os limites desta expectativa normativa; dizer quais regras são (in)válidas e o porquê (naquele caso concreto) e; dizer qual princípio deve ser (in)preponderante ao outro e o porquê (naquele caso concreto). O que remonta a aceção de que há uma forte dependência entre a raiz eminentemente positiva do direito e os efeitos que elas produzem em quem produzem. E não há mais como distanciar a integralidade do direito como um “ser” que existe e acontece, mas que é descrito de forma fracionada, de acordo com cada experiência, de cada pesquisador que o estuda. De toda forma, aparam-se as arestas e descreve-se o direito a partir de sua juridicidade, e mesmo assim a incompleta delimitação do sentido da ciência jurídica revela falhas na produção do próprio direito cotidianamente. A decisão judicial é o direito que acontece na prática.

Pode-se (e deve-se) argumentar que embora uma decisão judicial possa ser fundamentada com base nos argumentos do advogado de defesa ou de acusação, o processo cognitivo que aceita ou descarta este ou aquele argumento é próprio (e é fruto), das pré-concepções de mundo do Juiz da causa. Não é que a hermenêutica do advogado seja menos importante que a do Juiz, somente se quer dizer que a interpretação do Judiciário tem maior significância pela investidura de competência estatal que é conferida ao Magistrado. Precisamente, por este motivo que a hermenêutica judicial é a mais estudada contemporaneamente, tanto que tem se procurado discutir até acerca de uma Teoria da Decisão, ou de Teorias da Decisão, em prol do valor justiça. Todavia, fazendo até menção à circularidade viciosa criticada por Gadamer (1999), o valor justiça também pode ser acometido sob o viés da arbitrariedade do intérprete.

Ao re-explicar a idéia do círculo hermenêutico, Gadamer (1999) aponta que o próprio ato de interpretar leva a um conhecimento mais originário, desde que ela própria (a

interpretação) perceba sua função e avalie o objeto não a partir das pré-concepções ou através de uma “feliz idéia”, mas sim perceba a significância da coisa a partir dela mesma. Ainda vai mais além asseverando que “toda interpretação correta tem que proteger-se contra a arbitrariedade da ocorrência de ‘felizes idéias’ e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar sua vista ‘às coisas elas mesmas’” (GADAMER, 1999, pág. 401-2); sem se perder de vista, o fato de que aquele que tenta compreender um texto traça um projeto preliminar, ou seja, produz uma expectativa que tenta saciar com o sentido preterido. Acontece que esta expectativa é diferente da pré-concepção uma vez que aquela é um decorrente lógico da estrutura de compreender.

O resultado é a confirmação ou a negação do sentido planejado, ou, esperado no programa de compreensão. Por isto é que Gadamer (1999) ainda vem redimensionar a importância da discricionariedade do interprete na sua relação com a coisa, de modo que é a própria utilização da linguagem no aspecto histórico que vincula um padrão de entendimento (até ontológico) do que se lê, ouve, fala e escreve; dessa forma chega-se a conclusão de que “a tarefa da hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este” (GADAMER, 1999, pág. 405). Fazendo com que o papel do hermeneuta seja a descoberta do significado desta coisa para com sua realidade pessoal e a realidade da própria existência da coisa, dessa forma

“aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si só. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação a coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias” (GADAMER, 1999, pág. 405).

Ora, se, de fato, é impossível desvincular-se da discricionariedade pelo fato de ser ela um pressuposto lógico do próprio processo do conhecimento, como diferenciar a expectativa programada na construção de um sentido de justiça, da pré-concepção de que o acusado agiu de acordo, ou contrariamente, à expectativa normativa do texto jurídico? Em teoria, a análise desta aplicação, ou da construção da obra, deve considerar alguns aspectos a se enumerar a seguir: a) a composição histórica do valor; b) a concepção ontológica da ação; c) a posição do sujeito interprete; d) a relação entre este sujeito e o objeto; e) a relação entre este sujeito e o mundo e; f) a relação entre o objeto e o mundo. A composição histórica do valor é uma retomada aos critérios de eleição de importância para ordenação de determinada conduta, ou através de regras,

ou através de princípios. A concepção ontológica da ação é um estudo que envolve o ato de interpretar, suas raízes, e sua epistemologia. Daí a importância da lição de comunicação entre passado e presente na construção do futuro enquanto realidades conexas e interdependentes; a fusão de horizontes.

### 2.3. *Jus Cogens* – Verdade (im)possível?

Portanto, no que tange ao método da viragem ontológica, por todo o exposto alhures, as conclusões que extraímos a partir de uma visão cética acerca da universalidade podem ser enumeradas da seguinte forma: a) como tentativa de definir o *jus cogens* a transcendência do sentido do “ser” dificulta sua compreensão através da linguagem; b) tentar defini-lo linguisticamente é fadar-se ao erro das incompreensões e interpretações errôneas sobre seu significado; c) materialmente, um comando de conteúdo universal não seria capaz de sobreviver por conta destes dois fatores comportando excessos interpretativos para um extremo ou outro; d) se a universalidade só existe no aspecto transcendente a sua delimitação é dependente da temporalidade enquanto técnica da fusão de horizontes na busca da tradição; e) por conta disto a dificuldade de descoberta de uma tradição interpretativa proveniente do Direito Internacional somente daria respostas localizadas de acordo com o ponto de vista das Soberanias que interpretam uma faceta dos imperativos do *jus cogens*. Até aqui foi possível demonstrar que a discussão essencial sobre o conceito do objeto de pesquisa é superficial, e que a posição dos céuticos sobre a possibilidade de alcançar uma universalidade transcendente é quase que impossível. Se de fato existe esse imperativo peremptório, ele deve estar beirando a linha do transcendente. Fato que não o torna totalmente impossível de existir diante de determinadas condições. Apenas dificulta sua exata compreensão a partir do que é e como é. Tal dificuldade é posta, aqui, neste texto, como uma questão interpretativa (no plano da compreensão). E esta tese é fácil de comprovação. Basta imaginar a percepção da proteção do Direito à Vida no mundo e as diversas legislações que ainda utilizam de pena de morte e que não criminalizam o “aborto”, por exemplo. Ainda, a imprecisão linguística sobre os enunciados de vida que comportam os debates sobre os infanticídios nas aldeias indígenas. Como construir uma ordem capaz de delimitar precisamente o contorno do direito à vida através do *jus cogens*?

### 3. A Teoria do Direito – Substancialismo vs Procedimentalismo.

Na segunda parte deste trabalho pretendemos redesenhar a crítica pelo viés analítico da Teoria do Direito, haja vista que, na primeira parte, atacamos a questão pelo viés da filosofia do direito. Para tanto nos debruçaremos sobre as duas grandes teorias em voga na atualidade: o substancialismo e o procedimentalismo. Nossa tese é a de que tanto uma tese quanto a outra se fundam em bases metodológicas irreconciliáveis, todavia, ambas abrem um leque de discussão acerca da moralidade do direito. Nossa crítica se funda no ponto de partida dessa moralidade e

sua eventual discussão social, o que reflete na moralidade da discussão dos Direitos Humanos e sua aplicabilidade nas Soberanias Internacionais. Este problema é tratado como “pós-positivismo” e, mais recentemente, pelo professor Robert Alexy como “não-positivismo inclusivo”. Não pretendemos esgotar estes debates, mas sim, direcioná-los para os rumos de argumentação cética sobre a universalidade e o *jus cogens*.

### **3.1. *Legal obligation* e a Moralidade do Direito.**

Em que pese as diversas teorias e discussões sobre a ciência jurídica neste plano positivo é a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2006) quem vai sedimentar as bases da discussão teórica sobre a natureza da ciência jurídica e fixar as raízes da tradição moderna sob as bases do direito. Dentre algumas das premissas, anota-se o estado de pureza metodológica, a concepção dos planos estático e dinâmico da ciência jurídica, a concepção do plano de validação da norma jurídica e a interpretação do direito no modelo jurídico-positivo (KELSEN, 2006). Estas lições tornam-se paradigmas para o estudo do direito positivo no mundo, cabendo aos juristas procederem diversas críticas sobre a descrição efetuada por Kelsen (2006) e, em sua maioria, as críticas se voltam contra a visão dogmática “fechada” impregnada (muito por conta) do método “puro” utilizado. Um destes críticos é Herbert Hart (1983) que será analisado, preliminarmente, por sua “visita à Kelsen”.

A proposição inicial parte da premissa de que os enunciados prescritivos produzidos pelas autoridades jurídicas através da aplicação dos enunciados normativos não podem ser confundidos com as normas jurídicas que representam o direito, como no sentido de “ter o direito à vida”, por exemplo (HART, 1983, pág. 154-5). Tal diferenciação justifica a aplicação de regras num sentido descritivo e de normas num sentido prescritivo, sendo possível a leitura de que o precedente fixado no caso *Hustler Magazine, Inc vs Jerry Falwell*<sup>5</sup>, existe a regra de que figuras públicas não têm o direito de recorrer ao *emotional distress* quando o comentário ou ato tiver cunho artístico ou humorístico e a concepção do público sobre a personalidade da pessoa em questão se mantiver inalterada. De outra sorte, as normas jurídicas estão inscritas na fundamentação utilizada no caso concreto, ou seja, na defesa dos direitos da primeira e da décima quarta emenda da Constituição Americana.

Uma tal ótica se complementa com a noção Kelseniana de que o direito pode ser indeterminado de maneira intencional e de maneira não intencional (KELSEN, 2006, pág. 388-9). O que abre uma janela discricionária para que o Juiz possa decidir desde que dentro dos limites fixados na moldura da norma jurídica (KELSEN, 2006, pág. 390), daí o seu caráter prescritivo. Não reconhecendo um método próprio, ou adequado, para interpretação do direito o ato por si é descrito como uma operação mental que vai do escalão inferior para o escalão

---

<sup>5</sup> Para um breve conhecimento sobre o caso ver: <[http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/hustler.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/hustler.html)>

superior, em última análise para um plano de validação constitucional (KELSEN, 2006, pág. 387). Basta analisar, por exemplo, o art. 157, §3º do Código Penal que preceitua constituir crime a ação de “subtração de coisa alheia móvel com emprego de força ou grave ameaça seguida de resultado morte”. De maneira intencional o enunciado da norma estabelece uma prescrição jurídica de um “ser” que corresponde a um “dever ser” e, ao mesmo tempo, uma prescrição aberta quando enuncia “pena de vinte a trinta anos”. Mas, e se o infrator, durante a realização da conduta, não consegue subtrair a coisa alheia móvel? O crime deixa de ser apenado como um latrocínio e passa a ser um homicídio? Para que a regra seja expressa o Juiz deve analisar o ordenamento jurídico como um todo obtemperando sobre o caso concreto e estabelecer a regra de que mesmo que o agente do crime não consiga subtrair a coisa alheia móvel, consumado o homicídio, há crime de latrocínio (Súmula 610 do STF<sup>6</sup>). Esta é a premissa que interessa ao trabalho uma vez que denota a convalidação genérica que se atribui aos atos e fatos da experiência jurídica brasileira.

Em se tratando de uma crítica contemporânea a tal teoria do direito, é Dworkin (1978) quem consegue abalar a estrutura do positivismo jurídico descrito por Hart (2012). O desenho do “esqueleto” do positivismo é traçado com base nas seguintes premissas: a) a lei de uma comunidade consiste em um conjunto especial de regras usadas direta ou indiretamente. Tem elas a finalidade de determinar qual comportamento deve ser punido ou coagido pelo Poder Público, havendo, ainda, um critério de diferenciação (testes) do seu “*pedigree*”, o que difere regras válidas de regras espúrias ou outras regras sociais (de cunho moral). Continua Dworkin (1978) asseverando que: b) este conjunto de regras (legais) válidas compreende de forma exhaustiva a “lei”, de modo que, se uma situação levada à juízo não se adéqua devidamente à regra não é possível dizer que na decisão “aplicar-se-á a lei”. A situação será decidida através da aplicação discricionária do ente público competente que deverá buscar além da lei o *standart* que irá ajudá-lo na confecção da nova regra e preenchimento da antiga; c) dizer que alguém tenha uma obrigação legal é admitir que neste caso existe uma regra legal válida que ordene que se tome determinada conduta, ou, que esta conduta não seja proibida. Na ausência de uma regra válida não existe obrigação legal, o que se conclui que o Juiz ao utilizar a discricionariedade não toma o direito como expressão de legalidade no problema tratado.

Dworkin (1978) assevera pontos positivos na teoria de Hart (2012), que completam, ou até se sobressaem, em contraposição ao positivismo jurídico de Austin<sup>7</sup>. Diz ele que a teoria do conceito de lei de Hart é mais complexa do que a de Austin por dois motivos. O primeiro deles

---

<sup>6</sup> *Ipisi literis* “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima”. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0610.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0610.htm) Acesso em: 10 dez. 2013

<sup>7</sup> Este ao qual Hart (2012) imputa as origens da tradição analítica de Kelsen (HART, 1983, pág. 155-6), e ao qual dedica uma extensa e profícua crítica nos capítulos introdutórios do Conceito de Direito (HART, 2012).

é porque Hart reconhece, diferentemente de Austin, que a regra possui diferentes tipos lógicos; pelo que as divide em regras primárias (ou de primeira categoria) e regras secundárias (ou de segunda categoria). Em um segundo momento, ele rejeita a concepção de Austin de que a regra é um tipo de comando e a substitui por uma elaboração geral e analítica do que, de fato, a regra é. Na obra de Hart (2012) ele afirma que

“As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações”. (HART, 2012, pág. 105-6).

O Jurista Americano faz, ainda, uma releitura da proposição de Hart (2012), saindo da questão principal do Conceito de Direito pretendido, e voltando-se para uma questão mais pragmática. A pretensão central é a justificativa do direito a partir de uma visão jurisprudencial. Por isso é que ele descreve a separação de Hart asseverando

*“Hart’s distinction between primary and secondary rules is of great importance. Primary rules are those that grant rights or impose obligations upon members of the community. The rules of the criminal law that forbid us to rob, murder or drive too fast are good examples of primary rules. Secondary rules are those that stipulates how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified or extinguished. The rules that stipulates how Congress is composed, and how it enacts legislation, are examples of secondary rules. Rules about forming contracts and executing wills are also secondary rules because they stipulates how very particular rules governing particular legal obligations come into existence and are changed”* (DWORKIN, 1978, pág. 19).

Por outro lado, se a regra trata de uma conduta exigível, necessário se faz que sobre ela haja um poder que vincule a ação do cidadão com a pretensão do comando normativo. Hart (2012) justifica esta força coerciva num padrão fora da força física, argumentando que através da prática e da aceitação às condutas de determinado grupo nascem os *standarts* que são aplicados na conduta e a regra se aproveita disso. Todavia, não é toda conduta aceita pela sociedade que é tomada como regra, somente aquelas que são reconhecidas por todos (usuários ou não) como tal, um exemplo utilizado é o do costume de frequentar ao cinema nos domingos; aqueles que não frequentam não estão desobedecendo nenhuma regra, primeiro porque quem vai aos domingos não diz o contrário, segundo porque quem não vai aos domingos reconhece que não comete nenhum erro. Já se os frequentadores dos cinemas deixarem de pagar o ingresso

para utilizar dos serviços do fornecedor, a sociedade, como um todo discrimina a conduta transformando em regra o pagamento para prestação do serviço.

Outra justificativa fornecida por Hart (2012) diz respeito à validade proveniente da regra secundária. Diz ele que uma regra pode ser considerada vinculante quando editada em conformidade com alguma regra de segunda categoria. Por exemplo, a constituição diz que é livre o exercício de quaisquer profissões excetuadas as hipóteses contidas na lei; uma norma de eficácia contida. Caso seja votada uma lei que complemente o texto constitucional, a regra contida em sua essência será vinculante à conduta dos cidadãos, justamente pelo plano de validação de sua eficácia. Caso a essência desta regra seja contrária ao estipulado na regra de segunda categoria (neste exemplo: a Constituição), considera-se a regra dela proveniente como inválida (ou inconstitucional). Daí surgem dois problemas enumerados por Dworkin (1978): a) neste plano de validação é praticamente impossível justificar a validade da norma de categoria máxima, porque não existe nada acima dela que a crie; b) quem adota a posição de Hart, encontra dificuldade em conciliar a aplicação do direito nos casos difíceis que demandam uma aplicação hermenêutica criativa, não puramente técnica.

Dworkin (1978) critica justamente diferenciando a regra dos princípios e das *policies* (traduzidas como políticas ou programas). Enquanto as políticas ou programas estabelecem um objetivo econômico, político ou social os princípios são requisitos de justiça e equidade, constituem uma nova dimensão de moralidade<sup>8</sup>. De toda forma, não se trata de uma discussão que venha a trazer grande contribuição para a discussão na Teoria do Direito, por isso que Dworkin (1978) aponta como ponto crítico a distinção entre regras e princípios argumentando que

*“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to a particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.* (DWORKIN, 1978, pág. 24).

Com isto expõe sua visão de que as regras são aplicadas em um sistema de “tudo ou nada” (*all or nothing*) observando que a decisão jurisprudencial apenas atinge a questão de validade e eficácia da regra aplicada ao caso concreto; ou ela é válida, portanto aplicável, ou ela não é válida sendo inaplicável. O exemplo utilizado por Dworkin (1978) é o do rebatedor de *baseball* que é eliminado com três *strikes*, constituindo a regra do jogo, mas lembrando das exceções (de que o rebatedor pode ser eliminado por mais de três *strikes* se o apanhador deixar a

---

<sup>8</sup> “I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community (...) I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” (DWORKIN, 1978, pág. 22).

bola cair). A regra segue uma lógica cartesiana, retilínea, enquanto que o princípio possui diferentes dimensões de aplicabilidade, reconhecimento e autoprodução; possuem um peso relativo ao valor que eles representam, devendo ser ponderados quando existir conflito entre eles. A regra não possui esta dimensão axiológica, portanto quando entra em conflito com outra regra, a resolução tende para a análise do plano lógico jurídico (validade); já no que tange ao princípio o Juiz deve buscar algo além da regra.

Ao exercer o juízo ponderativo no conflito principiológico, o interprete age com discricionariedade (*discretion*), esta vista num sentido restritivo devido a noção de que deve-se reportar a uma escolha feita pelos instrumentos que regem a atuação do agente; neste sentido Dworkin (1978) fala “*discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by surrounding belt of restriction*” (pág. 31); atentando-se para o fato de que tal restrição pode ser observada tanto no contato interno como no periférico. Outrossim, existe uma atividade criativa na discricionariedade do Juiz, quando cria uma nova regra para o futuro, a aplicação de princípios para resolução de casos difíceis, afirmando que

*“This theory holds that a legal obligation exists when (and only when) an established rule of law imposes such an obligation. It follows from this that in a hard case – when no such established rule can be found – there is no legal obligation until the judge creates a new rule for the future. The judge may apply that new rule to the parties in the case, but this is ex post facto legislation, not the enforcement of an existing obligation”* (DWORKIN, 1978, pág. 44).

A compreensão de Dworkin (1978), para este quesito dentro da teoria do direito, parece similar a de Alexy (2008-b) para teoria dos direitos fundamentais em diversos pontos. Contudo, o primeiro adota como pano de fundo uma questão basilar que diz respeito à natureza dos direitos e dos princípios jurídicos. Apesar de ambos defenderem uma tese de diferença de grau entre regras e princípios, para Dworkin (1978) a descrição sobre a essência do direito reside na sua capacidade de absorção dos valores morais da sociedade e a resolução de questões difíceis a partir da fixação desses valores. Materializa-se, dessa forma, a crítica ao trabalho de Hart (2012), e se obtém uma possibilidade de discussão moral sobre a natureza dos direitos. Ao contrário, Alexy (2008-b) utiliza-se, em diversos momentos, da filosofia analítica para exarar um discurso não meramente de conteúdo (substancial), mas sim procedimental. Nesta esteira é que torna-se possível discutir uma teoria dos direitos fundamentais e, percebe-se, colocando-a na contramão do *softpositivism* em Hart (2012) e Dworkin (1978) porque fundamentado na filosofia analítica é capaz de reler os seus autores referência de forma a possibilitar a abertura metódica de sua pesquisa para absorção das mudanças sociais.

Cabe, por ora, uma contextualização sobre a interferência do *jus cogens* na descrição pretendida pelo prisma da teoria do direito. Sob o ponto de vista dos céticos a questão da inserção da moralidade no debate jurídico é um outro problema para a criação de normas

peremptórias no cenário internacional. Isto se dá pela falta de precisão na discussão sobre a essência dos direitos pela jurisprudência de um país, ou, pela não discussão dos valores morais de uma sociedade. Analisando o contexto histórico da formulação da teoria do “pós-positivismo” de Dworkin (1978), é possível perceber que a nação norte-americana tem avançado sobremaneira no debate acerca da natureza dos direitos. Muito disto se dá pelo próprio sistema jurídico utilizado por eles (*common law*). Este sintoma é perceptível na construção de sua tese. Porquanto, nos países subdesenvolvidos, as discussões relacionadas à moralidade de um povo são travadas como pano de fundo para outras discussões. Isto gera um relativismo cultural na defesa de direitos que envolvem questões morais complexas.

### **3.2. Logos – O objeto da retórica e a Teoria da Argumentação.**

O discurso passa a ser o segundo objeto de nossa construção. De fato, desde os Sofistas ele se torna uma constante na ação humana. E de Sócrates á Habermas a comunicação tem sido por vezes objeto de estudos, leituras e releituras. Neste tópico, especificamente nosso enfoque se dará dentro da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (2011). Logo na introdução, quando trabalha sobre a justificativa das decisões jurídicas ele apoia sua tese na ideia de que a decisão jurídica racional é aquela que pode ser, logicamente, auferível de uma determinada Norma  $N_1, N_2, N_3$ , ao infinito, ou dos axiomas empíricos  $A_1, A_2, A_3$ , ao infinito. Dessa forma, a discussão sobre o método interpretativo perde força por conta dos vários argumentos apresentados neste artigo no tópico 2 do presente trabalho. Ocorre, também, que a justificativa das decisões jurídicas não consegue seguir logicamente o exercício proposto de presunção. E são essas as decisões sob quais, usualmente, pairam dúvidas; “a escolha da pessoa que decide é que determina qual proposição normativa singular deve ser afirmada (por exemplo, numa pesquisa científica do direito) ou promulgada como num julgamento num caso” (ALEXY, 2011, pág. 19). Desse modo, a questão da discussão sobre o valor se torna salutar na ordem da decisão e argumentação jurídica. Tal enfoque inicial é o ponto de partida para a defesa de direitos conflitantes e sob cuja moralidade concordamos em discordar.

Por foça deste argumento, a racionalidade das questões propostas é que passa por um processo de institucionalização através do discurso e da linguagem. Toma-se com pressuposto que a função da linguagem é “mostrar um quadro do mundo” (ALEXY, 2011, pág. 55), dessa forma chega-se a conclusão de que “tanto o discurso moral quanto o discurso jurídico são jogos de linguagem *sui generis*” (ALEXY, 2011, pág. 56). De todo modo, sendo jogos linguísticos, cabe-nos buscar conhecer as regras desse jogo que são usualmente colocadas ao lado do conceito de erro. Relacionam-se tais regras com a ideia de “forma de vida” que, num último espectro configuram o conceito trazido por Wittgenstein como “o quadro do mundo”. Este enfoque preliminar possui o objetivo precípua de fomentar a tese de Austin, de que que se coloca contrário à visão de que a única função da linguagem é conhecer o mundo (*descriptive*

*fallacy*) (ALEXY, 2011, pág. 58). Isto reverbera na opção dele por transmutar a questão da linguagem para os atos do discurso que podem ser conceituados como “ações que são executadas quando algo é dito” (ALEXY, 2011, pág. 58). Tais atos dividem-se nos chamados atos locutórios, ilocutórios e prelocutórios. As questões mais essenciais estão nas duas últimas formas de atos, conceituando-os da seguinte forma

“O ato *ilocucionário* é exatamente o que é feito quando se diz algo. O que é feito quando se diz algo precisa ser distinguido do que está sendo feito ao se dizer algo: O primeiro depende de *convenções*, o último do que realmente *está acontecendo* em dada situação. Ao dizer a alguém: ‘prometo ajuda-lo na sua mudança’, estou fazendo uma promessa e ao fazer isso também posso surpreender, agradar ou assustar a pessoa a quem estou prometendo ajuda. Provocar esses efeitos ao se expressar é o que Austin chama de ato *prelocucionário*”. (ALEXY, 2011, pág. 59).

Essa divisão possui ganhos consideráveis quando se investiga a validade desses atos, porque, aquele que defende algo que não acredita produz um ato considerado como inválido do ponto de vista da teoria dos atos. Ressalte-se, a natureza deles é, eminentemente, linguística. Justamente neste sentido é que a Trópica de Hare ganha importância na construção do discurso de Alexy (2011), justamente porque voltada a discutir os atos morais. Há aqui, uma apropriação desta teoria para que ele justifique a discussão moral do direito pelo prisma de uma teoria da argumentação que utilize o discurso jurídico como um discurso racional específico. Por isto mesmo que mais a frente ele se debruça sobre o problema da justificação de afirmações normativas e é nesta esteira que ele desenvolve as regras do discurso racional (ALEXY, 2011, pág. 187). Estas regras são enunciadas em postulados que são expressos da seguinte forma: “a) nenhum orador pode se contradizer; b) todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê; c) todo o orador que aplique um predicado F a um objeto tem que estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes; d) diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados” (ALEXY, 2011). Este é o fundamento do discurso racional que se subdivide em outras regras elencadas por Alexy (2011) na medida em que desenvolve o conteúdo da sua institucionalização da razão argumentativa.

Tais regras não servem unicamente para interpretação do direito, mas, precipuamente para sua justificação e elas refletem no que, posteriormente, ficou conhecido como sua Teoria dos Direitos Fundamentais (2008-b). Seguindo uma corrente, preponderantemente, analítica do direito ele defende que sua descrição perpassa pela análise preliminar sobre a norma jurídica; como um pontapé inicial que irradia sobre a discussão das normas de direito fundamental. De maneira bem compacta, norma pode ser descrita como uma questão semântica. O enunciado semântico que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” indica um enunciado normativo que aponta para a existência de uma norma segundo a qual “é proibido ao cidadão agir em contrário com a lei”; ao mesmo tempo em uma

segunda norma que indica “é permitido ao cidadão agir no silêncio da lei”. Alexy (2008-b) pontua que ainda é necessário um refinamento deste tirocínio para que tais enunciados possam ser descritos como normas jurídicas, daí o recurso a questão do enunciado deontico como aquele capaz de englobar algumas expressões como “permitted, proibido e devem (...) tem direito à (...)” (ALEXY, 2008-b, pág. 56). Conclui ele que

“Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deontico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deontico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deontico. Isso tem uma importância que não deve ser subestimada, pois é possível construir formas padrão para enunciados deonticos que permitam identificar a estrutura das normas que elas expressam. As formas padrão dos enunciados deonticos são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas” (ALEXY, 2008-b, pág. 57).

Ao fazê-lo, então, desloca o debate para a natureza da validade da norma anotando existirem critérios sociais, jurídicos e éticos. Contudo, adverte ser “necessário salientar o fato de que o conceito semântico de norma não pressupõe nem exclui nenhuma dessas teorias” (ALEXY, 2008-b, pág. 62). A questão, então, se transfere para as normas de direitos fundamentais. Como estabelecer um critério para dizer quais normas representam um direito fundamental? Este critério de validade é controverso<sup>9</sup>. Alocando-se tal argumentação para a Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais, Alexy (2008-b) leciona que uma tal questão poderia ser abordada de forma concreta ou abstrata, considerando que na segunda forma seria possível se questionar quais critérios podem ser utilizados para descrever uma norma como fundamental; enquanto que na primeira forma “se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não” (ALEXY, 2008-b, pág. 65). O que importa, para Teoria dos Direitos Fundamentais é a segunda proposta.

Ora, desta forma, torna-se possível discutir os critérios utilizados pela Constituição para elencar as disposições de direitos fundamentais como uma norma fundamental (portanto de natureza constitucional). Existem, pelo menos, três critérios capazes de responder à indagação sobre “por que uma tal disposição de direitos fundamentais é uma norma de direito fundamental?”; são eles critérios formais, materiais/substanciais e estruturantes<sup>10</sup>. Após analisar algumas destas justificativas Alexy (2008-b) chega a seguinte conclusão

---

<sup>9</sup> É controverso porque se se adotar Dworkin é possível chegar numa corrente de justificativa axiológica e se se adotar Alexy é possível chegar numa corrente normativo-estruturante.

<sup>10</sup> Sobre tais critérios Alexy (2008) chega a criticar as concepções substanciais/estruturantes de (ou, a quem confere à) Carl Schmitt e aloca sua crítica na concepção sobre Teoria do Estado como um problema em se discutir a natureza dos direitos fundamentais; num segundo momento anota ele que a utilização do critério formal discussão leva a discussão de disposições constitucionais periféricas, o que coincide com a concepção de extensão da fundamentalidade dos direitos na Constituição de 1988 para fora do reconhecido “Bloco de Constitucionalidade” (ALEXY, 2008, pág. 67-8).

“Levando-se em consideração que, no âmbito dos conceitos aqui desenvolvidos, inúmeras diferenciações são possíveis, então é possível afirmar que essas definições têm quatro vantagens: (1) elas se apoiam da forma mais estreita possível na Constituição alemã; (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral; (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e (4) elas abrangem, em grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental”. (ALEXY, 2008-b, pág. 69).

Desta feita, retoma-se à questão semântica dos direitos fundamentais para discussão da “abertura” das normas de direito fundamental. Uma norma pode ser semanticamente aberta se a indeterminação dos termos contidos na disposição de direitos fundamentais comportar diversas interpretações; fato este que faz com que o Judiciário crie uma regra semântica quando delimita a extensão do sentido daquele determinado termo. Já a abertura estrutural confere a liberdade residual dos órgãos estatais para delimitar a extensão e o sentido dos termos indeterminados de maneira a aplicar o direito dentro dos limites discricionários permitidos pela norma (ALEXY, 2008-b, pág. 70-1). Ora, percebe-se, neste momento uma influência do raciocínio analítico trabalhado anteriormente no debate entre Hart e Kelsen, no qual é possível delinear a ideia de que normas possuem um caráter prescritivo enquanto regras possuem um caráter descritivo. Não resolvem eles (até porque não é seu objetivo) a questão de se essas regras expressam enunciados de direitos fundamentais; pergunta respondida por Alexy (2008-b) na forma do que denomina de relação de refinamento.

Das disposições de direitos fundamentais contidas nas constituições, contudo, é possível interpretar diversas normas, a exemplo da disposição que confere a todos os brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, podem se seguir as seguintes normas (porque enunciados deônticos):  $N_1$ ) é proibido aos brasileiros atentarem contra a vida de outrem;  $N_2$ ) é dever do Estado a garantia da vida dos brasileiros;  $N_3$ ) é permitido aos brasileiros que vivam e este direito é inviolável. Adotando-se uma ou outra, elas coexistem dentro da disposição de direito fundamental contida na Constituição brasileira. Entretanto, num determinado caso concreto, a questão pode merecer um refinamento maior quando este direito é posto sob determinadas condições. Desse modo, elaborando pesquisa em seres vivos ( $C_1$ ), tanto  $N_1$ , quanto  $N_2$  e  $N_3$  estariam prejudicados. Daí que o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADI 3510, refina a questão semântica incidente sobre o início da vida criando uma nova regra ( $R_1$ ) que pode ser expressa no enunciado “o direito a vida se inicia com a formação do cérebro”. Sob outras condições ( $C_2$ ) uma nova regra pode nascer, podendo ser resumida no enunciado “não viola o direito à vida aquele que realiza aborto do feto anencefálico”; questão resolvida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54.

Isto confere uma maior importância para argumentação jurídica na delimitação dos direitos fundamentais (ainda que se parta de uma teoria estruturante, como por exemplo em Friedrich Müller). Decerto, o argumento das normas atribuídas ainda deve ser completado com

a concepção incontroversa nas teorias de Dworkin (1978) e Alexy (2008-b) de que as normas jurídicas são compostas de regras e princípios. Para Alexy (2008-b) esta divisão não é só de grau como também qualitativa. Em que pese existirem diversas justificações entre a diferença de regras e princípios (dentre elas a de generalidade, a de justificativa axiológica, de semelhança de família, ou de deveres e direitos *prima facie*) observando o conflito entre e regras e a colisão entre princípios tais diferenças podem ser melhor identificadas. A primeira delas consiste no fato de os princípios constituem mandamentos de otimização do sistema jurídico, ou seja, “constituem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008-b, pág. 90).

De modo diverso, inclusive conflitante com a tese de aplicação no *all or nothing*, o conflito entre as regras somente seria possível no caso de estabelecimento de: a) uma regra de exceção ou; b) a invalidação de uma das regras. Isto poderia ser exemplificado através da análise do enunciado “é proibida a disposição do próprio corpo quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (R<sub>1</sub>) em conflito com o enunciado de que “para salvar a vida de outras pessoas é possível realizar um transplante de órgãos” (R<sub>2</sub>). Neste caso, poderia o legislador, ou estabelecer uma regra de exceção (E<sub>1</sub>), ou invalidar uma das duas regras. No segundo caso, o ordenamento poderia excluir R<sub>1</sub> e aplicar apenas R<sub>2</sub> (e vice versa), mas a questão apenas seria uma discussão de validade entre regras jurídicas. De outra sorte, no primeiro caso, o conflito R<sub>1</sub> + R<sub>2</sub> resultaria na necessidade de estabelecimento de uma regra de exceção E<sub>1</sub> que poderia ser resumida no enunciado “para fins de transplantes é permitida disposição do próprio corpo desde que não importe em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Já os princípios devem obedecer a uma lei de colisões, porque não são discutidos em sua validade nem se pode estabelecer uma exceção em sua aplicação. Alexy (2008-b), dessa forma, somente trabalha na dimensão de peso dos princípios consegue dividir a discussão sobre sua natureza na descoberta de uma norma deontológica (regra e princípio) ou de uma norma ontológica (regra de valoração e critério de valoração – “valor”) e critica a segunda posição por acreditar não ser possível ponderar, por exemplo, o bom ou o mau (ALEXY, 2008-b, pág. 151). Abordando a lei de colisões, então, é possível explicar que os princípios jurídicos não se anulam. São aplicados em sua máxima eficácia e em determinadas condições podem ter um peso maior ou não de acordo com as relações de precedência determinadas ou indeterminadas, atribuindo-se, somente aqui, a dimensão de peso de um princípio no caso concreto. A expressão utilizada por Alexy (2008-b) é a de que o princípio P<sub>1</sub>, nas condições C, prevalece sobre o princípio P<sub>2</sub>, estabelecendo que (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C; como a redução do que considera ser a lei de colisões. É de bem ver que tais justificativas, postas desta forma podem ser colocadas de maneira antagônica com a concepção da Teoria do Direito de Ronald Dworkin até aqui estudada.

Cumuladas em grau de significância e importância é a Teoria da Argumentação que justifica a aplicabilidade da Teoria dos Direitos Fundamentais. Em última análise, a teoria da argumentação jurídica possui um objetivo precípua que é a garantia da discussão sobre a natureza dos direitos através de devida utilização das regras do discurso. Isto não se segue logicamente nos países de terceiro mundo, na medida em que somente as sociedades mais desenvolvidas conseguem estabelecer e por em prática as regras do discurso nas mais variadas situações do dia a dia. No que tange à dogmática brasileira é possível perceber que por vezes tentamos utilizar as justificativas de Alexy (2011) ou de Dworkin (1978) para discutir a questão moral do direito na forma de “não-positivismo” ou na forma do “pós-positivismo”. Esta crítica gera a inquietação sobre o *jus cogens* seja ele visto sob um prisma procedimental, ou substancial. Ele poderia gerar um novo subjetivismo interpretativo partindo-se do pressuposto da descoberta da moralidade social nos *hard cases* ou a sua discussão e construção argumentativa a nível mundial. Aproximando-se do final de nossa exposição apontaremos as idiosincrasias do sistema brasileiro, especificamente, a fim de demonstrar a falta de sincretismo metodológico nas decisões dos tribunais que insistem em misturar as teses irreconciliáveis e em não discutir um método próprio para seus meios.

### 3.3. Brasil – Decisionismo e Indecisão.

Seria prudente iniciarmos um percurso partindo do antigo debate para a instauração do novo paradoxo, exemplificando que o conceito de direito poderia ser atingido a partir da exclusão mútua dos argumentos específicos, mas mantendo uma base sólida, de que todos os cidadãos devem, ou podem ter direitos. A tese *jusnaturalista*, incluía neste aspecto geral a ideia de que os princípios de moralidade e da ética faziam parte do conteúdo protegido pelo Direito, daí que é possível dizer que  $T_1 (D) = B + P_m + P_e$ . De outra sorte, a tese *juspositivista* dissociava da questão jurídica a análise pura dos princípios da moralidade e da ética, mas admitia a concorrência entre o conteúdo da base geral com o que conhecemos por moral e ética, daí que é possível concluir que  $T_2 (D) = B (P_{md} + P_{ed}) - P_m - P_e$ . A lógica para que não haja sincretismo metodológico entre  $T_1$  e  $T_2$  é a de que elas se excluam mutuamente,

$$(D) = T_1 - T_2$$

Ou

$$(D) = T_2 - T_1$$

Entretanto, e aí se insere um posicionamento interessante, a posição subjetiva do cientista é o que condiciona o valor negativo ao  $T_1$ , ou ao  $T_2$ . Isto se dá por uma reflexão hermenêutica baseada nas nossas pré-concepções. Poderíamos chegar a conclusão diversa se atribuíssemos valores positivos aos dois, o que nos geraria a necessidade de exclusão entre os princípios morais e éticos por si e a manutenção da base reconhecida por ambas as teses, ou seja

$$T_1 + T_2 (2D) = 2B (P_{md} + P_{ed}) + P_m + P_d - P_m - P_d$$

$$T_1 + T_2 (2D) = 2B (P_{md} + P_{ed})$$

$$T_{1.2}.(D) = B(P_{md} + P_{ed})$$

Esta conclusão é justamente o ponto de partida da complexidade do direito contemporâneo. A possibilidade de abertura do texto jurídico a influências não (propriamente ditas) jurídicas. Por meio da aceitação da inclusão mútua dos princípios morais do direito e dos princípios morais da ética ao nosso conceito de Direito. Para teoria, então, fica desvendado o mistério do sincretismo metodológico entre as teses ditas paradoxais sustentadas até o século passado. Mas o problema persiste, novamente, na influência subjetiva que o pesquisador atribui às formulas que produz. Nesse ponto, então podemos justificar as novas teorias do direito as quais estudamos ao longo do presente trabalho. Esta racionalização da aplicação destas fórmulas denota a importância, inclusive do papel dos Direitos Humanos no contexto mundial.

A Jurisprudência brasileira tem tomado decisões divergentes acerca da “melhor” escolha sobre Teoria do Direito. Não é incontroverso que a tradicional dogmática jurídica tenta se adaptar aos ditames da nova dogmática. A transposição do estado de “pureza” para um paradigma sistêmico de compreensão do direito como ciência social e, portanto, de cunho moralizante, faz com que o Brasil modifique algumas de suas tradições. Podemos citar como exemplo, a utilização da terminologia “princípios”. Como é sabido, para a tradicional dogmática “princípio” significa um mandamento nuclear, o fundamento, o início, a base. Comumente, elegem-se princípios para as mais variadas disciplinas jurídicas. Para o Direito Constitucional, um exemplo disso é o princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal). Sem a legalidade expressa no texto maior o Direito Constitucional perderia uma de suas bases, um de seus fundamentos um de seus princípios. De outra sorte, tanto para Alexy (2008-b) quanto para Dworkin (1978) a terminologia “princípios” possui uma conotação diferente. Para o primeiro, princípios são “mandamentos de otimização” do ordenamento jurídico que possuem uma distinção qualitativa das regras jurídicas, pois existem apenas na dimensão de peso. Para o segundo “princípios” representam o reflexo da moralidade social quando diante da resolução de um caso difícil, no qual a aplicabilidade da regra jurídica nem sempre alcança a resposta correta. Desse modo, percebemos como que a atual doutrina sobre a Teoria do Direito transmuta questões basilares sobre o conceito de Direito.

Para Alexy (2008-b) o princípio da legalidade não seria um “princípio” porque não é aplicado na dimensão de peso. Ou as pessoas são obrigadas a fazer o que está na lei, ou não são obrigadas a fazer o que não é previsto pela lei. Sua aplicabilidade se dá no modelo do tudo ou nada e isto impera em reter a dogmática jurídica brasileira. Isto vem sendo feito em diversos meios. Na academia, espaço profícuo para tal, estes autores começam a ser paulatinamente inseridos no processo de mutação dogmática da ciência jurídica. Na prática, contudo, sua aplicabilidade é diminuta por conta da tradição brasileira ainda se colocar muito a favor do pragmatismo e, por conseguinte, da teoria do Direito Positivo. Isto tem um reflexo sobre a jurisprudência, na medida em que os Juízes, Desembargadores e Ministros, por conta de leituras

errôneas, ou interpretações indevidas acabam por aplicar as duas teses ao mesmo tempo apesar de irreconciliáveis. Essa nossa crítica é perceptível, quando se obtempera acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Citamos duas: a) a ADI 4578 (Lei da Ficha Limpa); e b) a ADPF 132 (União Homoafetiva). No primeiro caso, a técnica legislativa diz respeito a compreensão usual da palavra princípio, mas a tangencia-se sua aplicação como regra para o reconhecimento da não aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010 (trata-se do princípio da anuidade da lei eleitoral art. 16 da Constituição Federal). No segundo caso utiliza-se a discussão do *hard case* para a descoberta do “princípio da afetividade” com a finalidade de garantir-se a igualdade e a liberdade das pessoas através da garantia do *pursuit of happiness* (busca da felicidade). Princípio que a jurisprudência brasileira importa dos americanos como princípio do *Yogyakarta*. Esta miscelânea demonstra a fragilidade do Brasil em adotar uma tese ou outra, mas em outro extremo a necessidade de promover aquilo que ficou conhecido como ativismo judicial. Tal ótica prejudica a construção deste objeto chamado *jus cogens* porque o Brasil não sabe ao certo o que discutir, e o pior, como discutir.

#### **4. Conclusões – O contexto social amazônico.**

O Tratado de Cooperação Amazônica em seu primeiro artigo estipula o seguinte “As partes contratantes convêm em realizar esforços e ações conjuntas a fim de promover o desenvolvimento harmônico de seus respectivos territórios amazônicos, de modo a que essas ações conjuntas produzam resultados equitativos e mutuamente proveitosas, assim como para a preservação do meio ambiente e a conservação e utilização racional dos recursos naturais desses territórios” (TCA, 1978). Imagine que o Brasil, vivendo hoje uma crise instaurada em grandes metrópoles por conta da escassez de água, observe que no Rio Amazonas, a maior bacia hidrográfica do mundo, estão as respostas para a falta de água potável. A criação de uma política pública para utilização deste recurso seria a saída mais viável para a solução do problema. Contudo, o tratado impera que os contratantes realizem esforços conjuntos para promoção do desenvolvimento harmônico de seus interesses. Imagine, então, que surja um interesse conflitante entre esses países. O Brasil quer explorar a água amazônica para solução da crise hídrica. Os outros países são contra por conta da preservação ambiental para segurança de suas intenções de manterem-se na ordem internacional. Isto gera dissenso. Mas, o TCA, conjuntamente com o *jus cogens* resolvem os problemas de cooperação porque são regras impositivas. Mas, isto se dá num plano que toma como pressuposto que os países realmente pretendem cooperar e, por vezes, colocar seus interesses pessoais atrás dos interesses internacionais.

Discute-se a real intenção das ONG’s no contexto de proteção da Amazônia sempre uma certa desconfiança velada. Será que estão aqui para garantir o direito à vida de todos no mundo pela preservação do Meio Ambiente? Ou, estariam eles somente coletando dados e

enviando material para suas respectivas soberanias? Essa desconfiança velada é um ponto que prejudica, a discussão sobre a cooperação internacional. Todavia, ela não é o único fator que dificulta este processo. Cumulado com esta preocupação estão os interesses individuais da soberania dos países. Existe sempre um argumento contra e um argumento favorável à tomada de determinada medida política. Em se tratando de relações internacionais é prejudicial quando um país decreta a indisponibilidade de seu interesse para negociação. Esse egocentrismo é uma faceta marcante da nossa sociedade. Dizemos que pregamos pelo coletivo, pelo crescimento conjunto. Porém, nenhum de nós, no atual contexto socioeconômico, se desprenderia da posse de nossos bens materiais pelo ideal de igualdade. Neste excesso reside a não-cooperação.

Isto pode parecer um cenário pouco provável de existir, mas, temos exemplos disso na prática quando os Estados Unidos da América se recusaram a assinar o chamado Protocolo de Kyoto para diminuição da emissão da quantidade de carbono. Ou, dos processos interventivos no oriente médio sob a alegação da segurança nacional para promover o assassinio de terroristas. A crise de confiança internacional que se estabeleceu após o vazamento de informações confidenciais no que ficou conhecido como *wikileaks*. Vindo o próprio Brasil refletir sobre seu real papel na ordem internacional. Outrossim, problemas internos geram a desconfiança internacional, a exemplo os recentes casos de corrupção na Petrobrás com a compra da unidade de Pasadena, ou o investimento do governo federal nos protos em Cuba, a Ação Penal 470 (mensalão). No real cenário do mundo a desconfiança e a proteção de interesses individuais ainda constituem um pressuposto que é colocado lado a lado com a cooperação. É neste cenário que tentamos desenvolver esta norma cogente, peremptória. E é neste cerne que desenvolvemos nossas conclusões da crítica à perspectiva universalista do *jus cogens*:

- a) Pelo prisma da historicidade da linguagem, a destruição da história da ontologia faz com que se reflita sobre o sentido das coisas e seu real significado. Vida, pode ter diversos significados na ordem mundial. Dessa forma, a partir da alocação da questão sobre a vida no quesito temporalidade vamos ter uma descrição parcial, fragmentada, do objeto que estudamos. Ao fazer isto então recaímos em respostas localizadas e na imprecisão da linguagem como fator ordenador destes interesses;
- b) Por conta desta imprecisão da linguagem, o método fornecido pela hermenêutica gadameriana visa discutir os excessos da linguagem através do horizonte da compreensão através da tradição. Fato este que nos leva ao ponto mais fulcral da interpretação que é, outrossim, a pré-concepção. Dentro desta pré-concepção está o subjetivismo e as interpretações equivocadas sobre os ideais defendidos pelos Direitos Humanos, a exemplo a não assinatura do protocolo de Kyoto pelos EUA por motivos que são expressos por particularismos;
- c) Não distante disto, a Teoria do Direito se modifica para poder absorver os novos desenvolvimentos da dogmática e discutir a relação Direito vs Moral. Deste modo, as teses do Substancialismo e do Procedimentalismo ganham força no cenário nacional e internacional como forma de justificativa da existência dos Direitos Humanos como universais;

- d) Muito embora a tese do “pós-positivismo” seja bem elaborada por Dworkin (1978) ela não encontra uma aplicabilidade exata no Brasil, ou em países de terceiro mundo, por conta da complexidade dos debates acerca da moralidade de um povo. Citamos o exemplo de como as pessoas que cobram o respeito aos Direitos Humanos são as primeiras a condenar um criminoso à morte por conta da superexposição da sua conduta pela mídia. Neste excesso reside o fato de que a teoria substancial tem uma aplicabilidade fraca no contexto da teoria do direito do Brasil;
- e) Da mesma forma, a tese do “não-positivismo” fundamenta-se na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (2011) e esta, por conseguinte, pressupõe que os participantes do discurso conheçam todas as regras. Isto se dá em sociedades que já alcançaram um determinado grau de desenvolvimento que os capacita discutirem, antes das questões morais complexas, o procedimentos que garantem o debate, a discussão sobre estes direitos. O que, em conclusão, nos leva a crer que este modelo também possui uma aplicabilidade falha no contexto brasileiro.

Por todo o exposto, cabe ainda frisar: esta é uma visão cética acerca da universalidade dos Direitos Humanos e do conceito de *jus cogens*. Ressalte-se que, como pesquisador, tentamos perfazer uma crítica imparcial sobre o objeto de pesquisa. A visão aqui explanada não é, necessariamente, a postura pessoal do pesquisador. Como dito na introdução do *paper*, isto é uma homenagem ao trabalho, suor e dedicação de todos os que contribuem direta ou indiretamente para a realização deste espaço acadêmico chamado Ensinagem. Ao mesmo tempo é uma homenagem à pessoa da Professora Luna Freitas. Esperamos que, ao longo dessas páginas nosso (a) leitor (a) tenha conseguido se maravilhar, se encantar, se desiludir, se desencantar, concordar, discordar, mas acima de tudo, se instigar. (In) Conformar-se com a visão cética. (In) Conformar-se com a visão universalista. Acreditar que apesar de todas essas falhas apontadas no texto é possível apostar numa visão universalista, na qual os Direitos Humanos possam ser respeitados por todos apesar das críticas aqui tecidas. E se este ideal ainda não puder ser conquistado, que pelo menos uma questão surja, de maneira teimosa na cabeça do leitor (a): Por quê?

## 5. Referências Bibliográficas.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª Edição, revista. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

DUBOIS, Christian. **Heidegger: Introdução a uma leitura**. Tradução Bernardo Barros Coelho de Oliveira. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1978.
- FREITAS, Luna. **O Direito Internacional, Meio Ambiente e a Pan-Amazônia**. Revista Ensinagem – Transformação. Editora Fabel. Belém – PA. 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 3ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 1999.
- HART, Herbert L. A.. *El Concepto del Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot S. A. E. e I. Buenos Aires – Argentina. 1961.
- \_\_\_\_\_. *Kelsen Visited: Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Tradução Leonel Cesarino Pessôa. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**; n. 64. São Paulo. Jan/Abril. 2005.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo – Parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15º Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.
- \_\_\_\_\_. **Ser e Tempo – Parte II**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13º Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Martins Fontes, São Paulo-SP. 2006.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7ª Ed. São Paulo – Perspectiva. 2003.
- PAPALÉO PAES, Alberto de Moraes. A Afirmação da Teoria do Direito e da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy – um debate teórico sobre os Direitos Fundamentais. **Spring – Autumn. Racionalidade e Proporcionalidade**. UNOESC International Legal Seminar. Editora UNOESC. Chapecó – SC. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 10ª Edição, revista e atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2009.
- REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia do Direito**. 4ª Ed. 4ª Tiragem. Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2007.
- SHEEHAN, Thomas. *Martin Heidegger – A Companion to the philosophers*. Ed. Robert L. Arrington, Oxford and Oxford, UK: Blackwell, 1999.