XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

AS ALTERNATIVAS AO SENTIDO DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO E O PROBLEMA DA ESTRUTURA DA DECISÃO: O RESGATE DA DICOTOMIA PROCEDIMENTALISMO X SUBSTANCIALISMO

ALTERNATIVES TO THE SENSE OF LAW AND JURISDICTION AND THE PROBLEM OF STRUCTURE OF DECISION: RESCUE OF DICHOTOMY PROCEDURALISM X SUBSTANTIALISM

Muriele De Conto Boscatto

Resumo

Superadas as concepções liberais e sociais, se fala de um Estado Democrático de Direito, que assume como tarefa principal a concretização dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, nesse cenário, ganha o protagonismo, surgindo diversas teses para explicar até onde pode e deve se imiscuir o direito. As alternativas ao sentido do direito e os modelos de realiza-lo trabalhadas se focam no fundamentalismo, no procedimentalismo, no substancialismo e no jurisprudencialismo. Analisando-as e as relacionando estreitam-se as duas primeiras na exata medida em que são criticadas, ou seja, com relação à estrutura da decisão ou simplesmente a fundamentação. Por outro lado, afinam-se as duas últimas, na pontual medida em que são aplaudidas, pressupondo uma axiológica normatividade, para construção do sentido do direito, a ser referendado por uma postura material intervencionista do Judiciário, mas não ilimitada. É essa concepção substancial ou jurisprudencial limitada que se revela adequada para se definir o conteúdo e o alcance do direito no Estado Democrático de Direito. Tal postura, no tangente à estrutura da decisão, se identifica com a abordagem hermenêutica, afastando-se de construções que acabam por privilegiar o plano apofântico, da antecipação ou escolha do sentido, entificando o ser.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Substancialismo, Decisão.

Abstract/Resumen/Résumé

Overcome the liberal and social conceptions, we speak of a democratic state, which takes as its main task the realization of fundamental rights. The judiciary, in this scenario, you win the role, appearing several theories to explain how far can and should become involved right. Alternatives to the sense of right and model performs it worked focus on fundamentalism in proceduralism in substantialism and jurisprudencialismo. Analyzing them and relating narrows the first two in the exact extent that they are criticized, that is, with regard to the structure of the decision or just the grounds. On the other hand, the last two to tune-in point as they are applauded, assuming an axiological normativity, to build the sense of entitlement, to be approved by an interventionist material Judiciary posture, but not unlimited. It is this limited substantial or jurisprudential concept that proves adequate to define the content and scope of the right in a democratic state. Such a stance, the tangent to the structure of the

decision, identifies with the hermeneutic approach, away from buildings that end up favoring the apophantic plan, anticipation or choice of direction, "entificando being".

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state, Substantialism, Decision.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, se debruçará na problemática em volta do sentido do direito e da jurisdição, a partir da concepção de Estado Democrático de Direito, a qual ampliou o contexto da postura assumida pelo Poder Judiciário, direcionando o foco de discussão para a jurisdição constitucional, sobretudo, quando o assunto é o conteúdo programático dos direitos fundamentais contemplados pela Constituição Federal.

A preocupação se centrará nas teses ou alternativas apresentadas para se definir o conteúdo e alcance do direito para o desempenho desse novo papel da jurisdição constitucional, em especial, ao fundamentalismo, ao procedimentalismo (habermasiano), ao substancialismo e ao jurisprudencialismo.

Traçadas as alternativas ao sentido do direito e os modelos de jurisdicialidade, se evidenciará a relação que se mantém entre elas, sobretudo, pela perspectiva da estrutura da decisão. É, nesse momento, que se fará referência a estreita relação entre o funcionalismo jurídico e o procedimentalismo, emprestando aquele toda a crítica streckiana deduzida a este, em especial, pelo fato de privilegiar o plano apofântico da construção do sentido em detrimento de uma postura fenomenológica hermenêutica.

Também, se abordará a relação entre o substancialismo e o modelo jurisprudencialista proposto por Castanheira Neves, ambos pressupondo uma ordem axiológica normativa referendada pelos valores e princípios constitucionais.

Por último, se resgatará ainda os aplausos a uma postura substancialista, para a construção do sentido e do alcance do direito e da jurisdição no paradigma constitucional. Todavia, não um substancialismo sem limitações, mas condicionado à normatividade da Constituição Federal. Isso em combate a ativismos que venham prejudicar as demais instituições do Estado, em especial, como forma de se preservar a democracia e, assim, a concepção que se deve guardar de Estado Democrático de Direito.

2 DAS ALTERNATIVAS AO SENTIDO DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO, BEM COMO DOS CORRELATOS MODELOS DE JURIDICIDADE

A discussão que se propõe no presente artigo sobre a estreita relação das teses alternativas para o sentido do direito e da jurisdição tem, por matéria de fundo, a concepção que se deve ter de Estado Democrático de Direito.

Segundo Streck (2013, p. 150):

> Mais que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos/fundamentais e sociais.

Castanheira Neves (1995) coloca a questão, enfatizando o problema do direito à vista da exaustão institucional das suas estruturas tradicionais, com a impotência para realizar as expectativas que lhe são dirigidas, o que promove um sentimento de total insatisfação ao nível da eficácia social. Essas questões a determinar que se busque um sentido ou alternativas para o direito.

Nesse contexto – por isso, se inicia dizendo que toda discussão tem por de traz o sentido do direito, no Estado Democrático de Direito –, em que a jurisdição constitucional ganha destaque, é que surgem diversas teses, para tentar explicar esse sentido ou até onde o direito pode intevervir, para cumprir com o papel que lhe foi relegado pelo paradigma constitucional e, assim, concretizar os direitos fundamentais e as promessas descumpridas da modernidade.

Castanheira Neves (1995) ressalta que as decepções do Estado de Providência – leia-se: Estado Social e sua finalística instrumentalização do direito – provocaram dupla reação: por um lado, a fuga para frente, no sentido do desenvolvimento da sociedade pós-industrial, da sociedade científica da informação e da cibernética; por outro, uma desmitificante reflexão crítica e as propostas reconstrutivas de uma sociedade mais humana, mais à medida do homem e sua complexidade.

Dentro destes dois ângulos, destacam-se dois movimentos, quais sejam, a resposta comunitária de outros modos de solução de conflitos fora dos tradicionais jurídico-judiciais; e a recompreensão do sentido e da intencionalidade materias do direito, a qual é objeto de preocupação deste ensaio.

Se o direito é uma solução possível para um problema necessário, Castanheira Neves (1995) afirma que não ficam excluídas as alternativas para o sentido do direito

e os seus correlatos modelos de jurisdição. A questão é saber se essas alternativas e modelos de jurisdição se prestam para o sentido e a realização do direito, no paradigma constitucional ou do Estado Democrático de Direito, ou se apenas conduzem a sua instrumentalização social e política.

Antoine Garapon (2001) observa que as exigências do Estado provedor obrigam a justiça a adotar um funcionamento burocrático. O gabinete do juiz torna-se o melhor lugar para a justiça, onde ela pode tornar-se mais atuante. O direito passa a se apoiar em conhecimentos que lhe são completamente estranhos, como a psicologia e a contabilidade. Confundem-se os papéis do juiz, do administrador, do perito, etc. A razão do juiz torna-se instrumental, de modo a não apenas aplicar os princípios, mas também buscar os meios mais seguros e rápidos para se alançar o fim almejado.

Esse modelo é ultrapassado e, hoje, muito se fala em um retorno do direito, o que, para o jurista francês, na verdade, representaria o fim da omissão do direito sob o Estado provedor. Questiona:

> Depois dos modelos do direito formal e do direito material, como conceber hoje o papel do direito? Se o direito liberal do século XIX foi o do poder legislativo, o direito material do Estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz. Mas de que juiz? O árbitro ou o "juiz treinador"? (GARAPON, 2001, p. 227-228)

Castanheira Neves (1995) parte de uma concepção axiológica valorativa do direito, que enseja uma ordem valorativa, a qual é repelida por ordens outras como a da necessidade do poder, da possibilidade da ciência ou da finalidade política. Todas essas outras ordens, que escapam à valorativa normativa, têm em seu conteúdo a substituição dos valores pelos fins, bem como assim dos fundamentos pelos efeitos ou resultados, privilegiando, por exemplo, o sentido utilitarista do direito.

Esse discurso fica bastante claro, quando o autor enfrenta cada qual destas supostas alternativas ao sentido do direito. Tratando do poder como decorrência da necessidade e destacando a sua vinculação à própria criação do Estado e a dicotomia estabelecida entre este e o jusnaturalismo, impulsionada por autores como Hobbes, problematiza a questão sob a perspectiva da presença de um fático decisionismo de superfície, que consistiria na preferência – ou escolha – de um determinado absoluto

ideológico, como a necessidade da histórica produção, para Marx, para a substituição do sentido do direito. (CASTANHEIRA NEVES, 1995).

O que se percebe de construções assim embasadas é a própria substituição da pretendida ordem valorativa normativa por um poder ideológico-totalitário, o que, na história, bem se representa pela trágica postura assumida pelo nazismo alemão.

Com relação à ordem de possibilidade científica como alternativa ao sentido do direito, afirma conservar sua lógica fora do universo valorativo normativo, mas dentro de uma lógica de funcionalidade e eficácia, na qual não se questiona o certo ou errado ou o justo ou injusto, mas sim as consequências possíveis do ato. Quer dizer: os valores são substituídos pelos fins; e os fundamentos assim o são pelos resultados. E a quem se relega a escolha desses fins que se direcionam aos resultados? "Os fins se postulam na subjetividade [...], mas que só pelo caráter empírico dos seus resultados nos efeitos são susceptíveis de se submeterem à racionalidade científico-tecnológica" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, 302-303).

Daí concluir-se que "a ciência e a tecnologia vêem-se mobilizadas para racionalizarem em compossibilidade social e darem viabilidade técnica aos efeitos de metas tão-só subjetivo-individuais" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 302-303).

O preço pago pela adoção de alternativas ao direito que se justificam na ordem de possibilidade técnica-científica é a total liberdade do decisionismo, o que se revela em arbítrio, na escolha dos fins mais elevados.

Dentre essas alternativas, aparece na América a proposta da análise econômica do direito, que vem a subordinar-se numa lógica apenas de eficiência numa espécie de contabilidade de custos e ganhos dos recursos sociais.

A última alternativa ao sentido do direito apresentada por Castanheira Neves (1995) consiste na total conversão do jurídico pelo político. Nessa perspectiva, repousariam as teses que substituem os valores pelos fins, sendo estes últimos representados pelas supostas estratégias político-sociais cuja definição competiria, em última instância, à decisão política, oriunda tanto do Legislativo, quanto do Judiciário.

As alternativas ao sentido do direito que se embasam nessa ordem de finalidade política se colocam diante do entrave do ativismo judicial. A concretização da suposta finalidade política precisa ser limitada, a fim de se impedir que a decisão política seja mero reflexo das expressões pessoais ou de posições ideológicas do subjetivismo de quem decide.

Para essa superação, se apresentam as seguintes coordenadas, sob as perspectivas da intencionalidade, da institucionalidade e da metodologia, respectivamente: *i)* a Constituição como referente jurídico-político fundamental; *ii)* a realização do programa finalístico pressuporia um sistema de organização de poderes; *iii)* a racionalização da decisão só poderia ser dada por uma fundamentação *ad hoc*, por uma contingente argumentação tópica. (CASTANHEIRA NEVES, 1995).

A busca para o sentido do direito, no Estado Democrático de Direito, pelo que passa a análise das alternativas propostas por Castanheira Neves, dentre outras que se apresentam na complexidade da sociedade atual, não fica dissociada da busca do sentido da jurisdição que o realiza. Portanto, conjuntamente com as alternativas ao sentido direito, também se apresentam os modos ou modelos de juridicidade.

Assim, se fala no normativismo-legalista; no funcionalismo jurídico; e no jurisprudencialismo.

A afirmação do sentido do direito, pela perspectiva do normativismo-legalista, cuja base remonta à modernidade e ao correspondente paradigma racional-iluminista e individualista, pode-se dizer superada. Os principais fenômenos jurídicos que nos evidenciam esta superação podem ser resumidos na imposição dos direitos fundamentais como condicionadores da validade jurídica, em substituição à lei, aplaudindo uma perspectiva mais comunitária do que liberal, a exigir a superação do indivíduo, como titular de direitos meramente subjetivos, por um sujeito detentor de deveres e de responsabilidades também no plano comunitário.

Outro fenômeno que evidencia a superação é o reconhecimento dos princípios normativos que transcendem a lei, convocados como fundamentos normativos de juridicidade. Com compromisso axiológico e prático, porquanto afastados de sua aplicação abstrata, pressupondo a invocação no plano concreto, aparecerão nos juízos decisórios, nas soluções das controvérsias práticas envolvendo os próprios princípios e a lei.

Também, o reconhecimento, com Hebert Hart, da textura aberta das normas jurídicas, considerando que o direito legalmente positivado fica sempre *aquem* do domínio histórico-socialmente problemático a que se terá de responder jurídico-normativamente.

Os fenômenos supramencionados conduzem a conclusão de que a lei continua sendo um prerrogativa, mas não mais detém o monopólio da representação do sentido do direito e da própria jurisdição. Para essa representação, “concorre a manifestação e

a objectivação inegáveis de um *Richterrecht*" (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 10).

Nesse caminho, então, se enfoca o papel da jurisdição na construção do sentido e do alcance do direito e dela própria como mecanismo da realização e concreção de tal sentido. Sendo assim, caminhamos de um Estado de Legislação para um Estado de Constituição.

> [...] se cabe ao juiz [...] decidir quanto à validade ou invalidade jurídico-constitucional das leis, também a intencionalidade jurídica que assim se exige deixa de ser a intencionalidade de uma juridicidade formal [...] para ser a da juridicidade material do princípio de justiça que a constituição assume, nos direitos fundamentais e nos princípios normativos expressos ou implícitos (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 11).

Conjuntamente a essa "nova fase" do direito e da jurisdição ou a própria evolução da concepção de Estado, se sobressai a preocupação com a concretização dos direitos sociais, muito embora aqui no Brasil não tenhamos tido a experiência de um característico *Welfare State*. O fato é que a Constituição de 1988 previu direitos sociais, adotando um Estado Democrático de Direito, donde se pressupõe a concretização dos direitos fundamentais (em especial, sociais), a partir da relevância da jurisdição constitucional.

Os entraves que aparecem, envolvendo o sentido e o alcance do direito, muito brevemente, podem ser vistos sob duas perspectivas que aqui merecem destaque: a das fontes do direito, ou seja, o que pode constituir legitimamente o direito, no Estado Democrático de Direito, revelando a preocupação com a decisão judicial ou a jurisprudência nesse propósito; e a da separação dos poderes, que se dirige à questão de fundo sobre até onde o direito – e, assim, a jurisdição – podem se imiscuir, para concretização dos direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais, como a saúde, a moradia, a educação, dentre outros.

Desde já, sublinha-se a estreita relação do sentido e alcance do direito, além ou correlatas às alternativas já esboçadas, as perspectivas chamadas procedimentalistas e substancialistas cuja doutrina nacional e pátria se divide, enfrentando essas questões.

A lei, de estrito estatuto jurídico, passa a instrumento político, ou seja, se permite a governança por meio da legislação. Se assim se faz, considerando o papel assumido pela jurisdição constitucional, interventor e transformador da sociedade, se

estende o controle do social e do político, mediante o protagonismo do Poder Judiciário.

A partir daí, e sempre impulsionado por uma nova postura paradigmática incidente também no campo do direito, de relativização do individual em prol do social, do coletivo, decorrente da concepção que se cria de que todos os problemas humanos relacionam-se à sociedade, vê-se exsurgir posturas e alternativas ao sentido e alcance do direito e da jurisdição que os funcionalizam. Nessa linha, se constrói o modelo do funcionalismo jurídico.

O jurisprudencialismo parte da perspectiva do homem no seu direito, no seu dever e na sua responsabilidade. Não pressupõe uma visão socialmente global, o que caracteriza um direito funcionalizado à estruturação, organização e regulação da sociedade. Requer o direito problematizado, pelo homem concreto que vive e comunitariamente convive os acontecimentos práticos da interação histórica-social.

A atuação da jurisdição no primeiro modelo, normativista-legalista, fica restrita ao método lógico-dedutivo, donde o sentido da norma está no texto e dele deve ser buscada a intenção do legislador. Logo, o sentido do direito e da sua realização na jurisdição se identificam com o sentido da lei e do legislador. Como se percebe das linhas acima, esse modelo, seja pelo papel dos direitos fundamentais, como condicionantes de validade jurídica, em superação à letra fria da lei, seja pela reconhecimento da ordem supra-positiva dos princípios ou ainda da textura aberta do texto legal, se não se revela, de todo, ultrapassado, no mínimo, se apresenta com muito significativa dissidência de sua proposta positivista-normativista.

Aberto o caminho ao funcionalismo jurídico, a busca pelo sentido do direito e a realização desse pela jurisdição marca a presença dos pressupostos da funcionalidade; da razão instrumental; e do compromisso ideológico.

A funcionalidade se compreende pela própria evolução na busca do sentido do ser, desde uma concepção objetivista (entificando o ser), passando para uma concepção subjetivista própria da modernidade, mas não alcançando uma concepção como reclamada pela intersubjetividade impulsionada pela virada linguística.

O funcionalismo pretende superar a perspectiva mecânica da busca do sentido do direito, a partir de uma perspectiva teleológica, na qual os fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjetivas. A ação direcionada a esses fins se apresenta

como possibilidade causal, isto é, funcional ou técnica, a qual se avalia pela sua eficiência quanto aos objetivos e a sua eficácia nos efeitos.

> As categorias da acção e do comportamento em geral [...] deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para ser as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da performace (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 24).

A razão instrumental, que representa o ponto nodal na problemática da estrutura da decisão – e de cuja crítica ao procedimentalismo habermasiano neste artigo se resgata em defesa de uma tese substancialista – é a que corresponde ao modo de realização do sentido do direito pelo funcionalismo jurídico.

Se compreende a razão instrumental a partir da distinção entre racionalidade axiológica (*wertrationalität*) e racionalidade finalística (*zweckrationalität*), sendo a primeira aquela que tem fundamento em princípios e normas, fundamento este segundo o qual o homem se determina como "homem de razão", que compreende o mundo global, do ponto de vista da retidão: "eu quero porque é certo". A segunda aquela que encontra fundamento no benefício ou no prejuízo segundo o qual o homem se deixa determinar como "sujeito inteligente": "eu quero porque isto me é útil". A primeira sob a perspectiva valorativa a independer do resultado; a segundo numa relação estreita com a finalidade (resultado) almejado.

Privilegiando o funcionalismo jurídico a razão instrumental,

> [...] a fundamentação cede à instrumentalização ou a razão objetivo-material à formal razão instrumental e a ordem (de validade ou institucional) à planificação (programático-regulamentar), a validade à eficácia ou à eficiência. Ou, de outro modo, aos valores substituem-se os fins (subjetivos), aos fundamentos os efeitos (empíricos) – numa só palavra trata-se de um finalismo que se afere com consequencialismo (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 25).

O compromisso ideológico se manifesta na libertação da política, no pragmatismo filosófico e no ultilitarismo social.

Se assim é, o quadro geral do funcionalismo jurídico revela a sua postura perante o direito, que pode ser resumida através da seguinte indagação: "o direito para

que serve?", deixando clara a sua concepção de direito como instrumento ou meio, despreocupado com o que é direito, determinado pelo seu conceito ou princípio.

O funcionalismo jurídico ele próprio é complexo e se apresenta sob três subespécies: o funcionalismo político; o funcionalismo social; e o funcionalismo sistêmico. O funcionalismo político se pauta na politização da juridicidade, que tem haver com o papel do Estado e, assim, do direito, na concretização dos anseios políticos e sociais contemplados pela Constituição Federal. O funcionalismo social, que, por sua vez, também se subdivide em tecnológico e econômico, de base teleológica, perspectiva o direito como uma *social engineering*. É aqui, numa correlata relação com a alternativa ao sentido do direito apresentada acima e pautada na ordem de possibilidade científica, que aparece a análise econômica do direito e a sua concepção de que o direito só teria sentido na perspectiva da eficiência econômica. Por fim, o funcionalismo sistêmico, vendo o direito como um subsistema social, seletivo e estabilizador de expectativas.

A consequência para a função judicial é que o seu paradigma deixa de ser da mera aplicação mecânica do direito, própria do normativismo legalista, passando para a decisão em sentido estrito e específico. Daí o enfoque, no presente artigo, da relação, especialmente, do modelo funcionalista com o procedimentalismo habermasiano – ou melhor, da crítica que se faz a ele –, no tangente à problemática da estrutura da decisão ou, simplesmente, sob o ângulo da fundamentação.

Castanheira Neves (1998) destaca no que consiste a decisão sob a perspectiva do funcionalismo:

> Numa particular racionalidade que se traduz na opção entre soluções alternativas com vista a um pressuposto fim ou objetivo em função dos efeitos verificáveis nas circunstâncias da decisão. Noutros termos, trata-se de uma racionalidade estratégica, não discursiva, orientada por um princípio de optimização na realização de um certo objetivo, em que a escolha da solução e da acção entre as soluções ou acções possíveis se determina pelos efeitos, lográveis nas circunstâncias, que melhor realizem esse objetivo. Pelo que, no quadro da seletiva e programática transitividade dos fins, objectivos, das preferências, o critério imediato da decisão acabam por ser os efeitos – racionalidade, pois, estratégico-consequencial. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 28).

Representando a decisão a "escolha" entre a alternativa mais eficiente para realização dos fins, sejam eles políticos, sociais, econômicos ou tecnológicos, dependendo da alternativa ao sentido do direito a que se vincule o intérprete (já destacando, aqui, a relação entre aquelas alternativas propostas inicialmente e as espécies de funcionalismo jurídico, evidenciando que cada qual daquelas se encaixa numa ou noutra destas), enfrenta-se a contradição das múltiplas escolhas. Não existirá uma única resposta correta, mas, em face de um ampla autonomia relegada ao decidente, um campo vasto e variável de soluções possíveis, conforme os objetivos e fins eleitos.

O juiz a que corresponde esse modelo de juridicidade, diferente do boca da lei do normativismo legalista, conforme a respectiva espécie de funcionalismo, seria o juiz a que se diz político; o *social engineer*; e o *juge entraîneur* (juiz treinador). A sua decisória atuação seria essencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva e pragmática, sendo considerada correta a solução mais adequada ao objetivo ou fim proposto pelo plano político-social, sendo secundária a consideração dos valores materiais ou mesmo das regras formais.

> Seria este um "modelo post-liberal", que consagraria "o declínio da *rule of law*", ou onde "*the rule interpretative model*" – modelo de decisão de casos concretos pela aplicação de valores ou regras pré-estabelecidas – se superaria por "*the judicial-power model*", aquele em que o juiz seria constitutivamente interventor, criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 30).

O juiz-treinador, que substituirá o juiz-árbitro do modelo normativista-legalista, competirá participar na realização de políticas determinadas e assegurar, desse modo, a melhor regulação dos interesses em causa. A missão desse juiz lhe impõe que atue para além dos direitos subjetivos contemplados pela lei, sendo o responsável pela conservação e a promoção dos interesses finalizados por objetivos sócio-econômicos e políticos, tornando-se instrumento dinâmico para realização de tais finalidades.

De toda essa abordagem do funcionalismo jurídico, fica ainda o questionamento sobre o sentido do direito e da jurisdição, que parece não responder. O direito seria afinal puramente política, no funcionalismo político, ou simplesmente tecnologia ou administração, no funcionalismo social e econômico.

Para determinação do sentido e do alcance do direito e da jurisdição, conforme ensina Castanheira Neves (1998), haverá de ser necessário uma pontual opção antropológico-cultural. O homem de hoje deverá de decidir entre assumir uma prática direcionada à validade, donde o fundamento do agir implica numa posição axiológica crítica, pela qual o homem transcenda a um sentido materialmente vinculante em que assuma o projeto responsabilizante de sua própria humanidade; ou uma prática determinada tão-só por juízo de oportunidade, a não exigir mais que programações finalísticas postas em prática por esquemas de operatória eficiente. Segundo o autor: "Uma opção entre o sentido e a eficácia; entre validade e utilidade" (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 32).

A partir de então é que Castanheira Neves (1998) vai trabalhar com a alternativa ao sentido de direito e da jurisdição pela perspectiva daquilo que chama de jurisprudencialismo (muito afim com a concepção substancialista, por isso, também a sua relação entre as teses neste estudo). Neste modelo, apareceria a autonomia de uma validade normativa material que, numa situação concreta, se realiza e se orienta pela perspectiva do homem-pessoa.

> O jurisprudencialismo que significará a reafirmação ou mesmo a recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*: *axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade, *judicativa* no *modus* metodológico (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 32).

Também são elencados pressupostos à evidenciação do jurisprudencialismo, como a recompreensão do próprio homem, a partir de uma antropologia axiológica, pela qual o homem se reconheça não apenas sujeito de direitos subjetivos, como também detentor de deveres, bem como onde aqueles não sejam meras reivindicações politicamente sustentadas, nem estes exterioridades limitadas pelo cálculo dos interesses.

Ainda, também exige o jurisprudencialismo implicações, obviamente, normativas, donde apresenta o requisito da fundamentação de validade, apoiada por um valor ou um princípio. Daí a concluir:

> [...] o direito só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social de

> racionalização e satisfação de interesses ou de objetivos políticos-sociais. [...] nem é tão-só *objecto* normativo para uma determinação estritamente racional, nem mero instrumento ou *meio* de um heterónomo finalismo funcionalmente eficiente, mas um axiológico normativo *fim em si* – ele próprio um valor na validade que exprime. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 34-35).

Por fim, o paradigma da jurisdição que caracteriza a perspectiva do modelo do jurisprudencialismo se situa no juízo, não mais na lógica aplicação, nem na estrita decisão. O que define o juízo é a resolução de uma controvérsia prática "mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz [...] a uma solução comunicativamente fundada" (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 41). O critério é o da fundamentação, na qual a solução há de se sustentar com intencional concludência normativa, sendo o fundamento nem premissa e nem efeito, mas resultado de um processo hermenêutico de construção do sentido do direito na hipótese concreta, o que perpassa pela ordem de validade axiológica (fundada em valores e princípios) proposta pelo autor.

Situada a discussão, no sentido e alcance do direito e da jurisdição no paradigma do Estado Democrático de Direito, e apresentadas as alternativas a esse sentido, bem como os modelos de jurisdicionalidade a o realizar, cabe, dentro daquilo que se propõe neste ensaio, evidenciar as perspectivas procedimentalista e substancialista, para sinalar a relação entre estas teses e resgatar a crítica ao procedimentalismo no que toca à estrutura da decisão, estendendo-a ao funcionalismo jurídico, aplaudindo, ao fim, uma postura substancialista, mas sempre limitada.

2.1 Do procedimentalismo e do substancialismo

Tanto o procedimentalismo, quanto o substancialismo, assim, não discutem o papel do Poder Judiciário pós-Constituição Federal de 1988 e da jurisdição constitucional. No entanto, apresentam peculiares diferenças na forma de abordagem do direito.

Defendem o procedimentalismo autores como Habermas, Antoine Garapon[1] e John Hart Ely, dentre outros.

Defendem o substancialismo autores como Laurence Tribe, Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin; no Brasil, Lenio Streck, Paulo Bonavides, Eros Grau, Ingo Sarlet, dentre outros.

Habermas, sustentando a tese procedimentalista, critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo direito. O procedimentalismo busca superar o paradigma liberal e do Estado Social e, assim, supostamente entender o Estado Democrático de Direito, a partir da distinção entre política e direito, à luz da teoria do discurso. Embora reconheça a importância da tarefa política da legislação, vê, no Judiciário, o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação.

Não é contrário a teoria de Dworkin, quando sustenta que as normas jurídicas possuem conteúdo moral, porém entende que o direito e as normas jurídicas possuem especificidades que o impedem de ser considerado um caso especial de aplicação da moral. Recusa o processo hermenêutico de aplicação de normas como valores e critica o solipisismo judicial ou o "juiz Hércules", que teria de confiar nas suas habilidades pessoais e individuais para garantir o acesso à justiça. Requer do juiz que simplesmente busque expressar deontológica, e não axiologicamente, o caso concreto, aplicando adequadamente as leis aprovadas. Recusa também o realismo e o positivismo jurídico.

A questão é como se responder a estas premissas à vista da concepção de Estado de Democrático de Direito, estreito à realização dos direitos fundamentais, sem que o Judiciário venha avançar esfera de competência de outros Poderes?

Para isso, é que Habermas constrói a sua tese procedimentalista, que se baseia na necessária separação dos poderes, inclusive, questionando a constitucionalidade dos Tribunais Constitucionais, como supostos implementadores dos valores materiais da Constituição, bem como as concepções do direito-meio ou a serviço da economia ou do poder.

---

[1] Leciona Garapon (2001) que "o excesso do direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para a tirania das minorais, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso" (p. 53).

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade, e que exige uma identidade política ancorada em uma nação de cidadãos.

Assim é que, para Habermas, o papel dos Tribunais Constitucionais, no Estado Democrático de Direito, deve ficar adstrito à compreensão procedimental da Constituição, o que equivale a dizer que deve limitar-se a proteger um processo de criação democrática do direito, e não a consagração de uma suposta ordem supra-positiva de valores substanciais.

Um dos primeiros autores a defender a tese substancialista foi Mauro Cappelletti (1993), sustentando que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais uma oportunidade para buscar suas expectativas no processo judicial. Nesse sentido, o jurista italiano defende a intervenção do Poder Judiciário sobre as atividades legislativas e executivas, numa dinâmica de recíproco controle, pontuando acerca da necessária, todavia, limitação da atuação do juiz, de modo a prestigiar a sua participação democrática. Quanto à democracia, afirma:

> Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder [...] (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

Dworkin também se afina a essa tese, porém se afastando de qualquer possibilidade de ativismo ou decisionismo, na mesma linha de Streck. Laurence Tribe encontra-se dentre os mais ferrenhos defensores do substancialismo e da materialidade dos direitos fundamentais como guia do processo hermenêutico-

constitucional, criticando os procedimentalistas, que reduziriam a Constituição ao processo de garantia de acesso aos mecanismos de participação democrática.

Encontra-se afinidade à tese substancialista em Castanheira Neves (1995, p. 296), quando esmiuça os tópicos fundamentais da recuperação do sentido material do direito:

> No plano político-jurídico, para a reafirmação do Estado de Direito material referido, ao serviço da dignidade da pessoa humana, perante o Estado de Direito de mera legalidade; no plano axiológico-normativo, para a reiterada proclamação dos direitos do homem, indisponíveis pela lei estadual, e bem assim pelo reconhecimento de princípios normativos a imporem-se como critérios de validade da própria lei; no plano institucional, para a revisão do princípio da separação dos poderes em termos de reforço e ampliação do poder judicial, a implicar não só o reconhecimento do efetivo e indispensável poder criador de direito exercido pelos tribunais, e assim da legitimidade do *Richterrecht*, como a afirmação da jurisdição enquanto a sede decisiva de constituição e manifestação do direito pela sua própria realização e não menos enquanto a instância (seja constitucional, seja ordinária) em que o direito deverá ser assumido na sua verdadeira autonomia contra os poderes sociais e políticos; no plano doutrinal e em que os *topoi* anteriores encontram sistemática explicitação, para um novo entendimento do direito postulado pela distinção, já metodológica (a realização do direito não se confunde com a aplicação da lei), já dogmática (o sistema jurídico é pluridimensional e não se reduz ao sistema legal), já normativa (o direito vigente não se esgota na lei, mas constitui uma ordem normativa translegal), entre justamente a lei e o direito.

Assim também se evidencia da passagem de outro texto do Jusfilósofo português ao referir que a realização do direito, embora emparada no critério da norma legal, terá de mostrar-se concretamente adequada ao mérito problemático dos casos decidendos, bem como deverá apresentar-se normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológicos-normativos, ou seja, aos valores e princípios, que dão sentido normativo material ao próprio direito (CASTANHEIRA NEVES, 1998).

Ainda mais, assevera Casanheira Neves (1998) que a problemática está para além da questão da legitimação democrática da função jurisdicional, quanto às suas

manifestações juridicamente criadoras do sentido do direito. Não se trata de uma disputa entre os poderes e, assim, numa eventual emergência do "governo dos juízes", mas de afirmar-se o direito ao poder, da possibilidade de se reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado. Logo, de afirma-se o sentido do direito, realizado na função jurisdicional que o exprime, como verdadeiro Estado-de-Direito.

Percebe-se estreita relação entre a proposta substancialista e o modelo de jurisdição do jurisprudencialismo apresentado por Castanheira Neves, o que nos faz afirmar vincular-se este autor também a perspectiva substancialista.

O substancialismo defende que, mais que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, cabe ao Judiciário o papel de intérprete da vontade geral explicitada na lei, na Constituição e nos valores cujos princípios constitucionais consagram, mesmo que coloque em xeque o princípio da maioria. Quer dizer: a função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais. A advertência de Streck (2013) é com relação à defesa de teses substancialistas, sem um necessário compromisso com uma teoria da decisão, o que pode acabar no voluntarismo jurídico.

2.2 Das críticas ou problemas do procedimentalismo habermasiano e da sua relação com as propostas alternativas para o sentido do direito, em especial, com o fundamentalismo jurídico

Segundo Streck (2013), a análise habermasiana subestima o Direito naquilo que compreende o seu plus normativo, que ficou caracterizado no constitucionalismo do pós-guerra, na fórmula instituída pelo Estado Democrático de Direito, que supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito.

Para Streck (2013), Habermas, em que pese faça menção ao Estado Democrático de Direito, não o distingue do Estado Social.

O Estado Democrático de Direito representa uma mudança paradigmática, porque permitiu uma nova legitimidade no campo do Direito Constitucional e da ciência política, no interior dos quais o Direito assumiu um papel transformador da sociedade.

O procedimentalismo habermasiano soa "despreocupado" com países de modernidade tardia com o Brasil, países em que o Estado Social sequer existiu, mas

que, no bojo de sua Constituinte, consta a previsão de vasto rol de direitos e deveres sociais, como corolário de um novo paradigma do Estado Democrático de Direito e como consequência de sua não efetivação.

A realidade do Estado brasileiro é de *locus* apropriado por elites econômicas que instrumentalizam o poder para servir aos seus próprios interesses. É, nesse sentido, que o Estado Democrático de Direito representa um *plus* sobre o modelo de Estado-intervencionista, representando a face do Direito transformadora da sociedade.

No Estado Liberal, as forças estavam com o Legislativo; no suposto Estado Social, com o Executivo; e, no Estado Democrático de Direito, transmuta-se para o Judiciário, que passa não somente a decidir sobre a forma procedimental de feitura das leis, mas também sobre o seu conteúdo material (legalidade formal e legalidade material). É quando passa a ter vez, nos Tribunais, a discussão de que, se o legislador estava vinculado à Constituição e descumpriu-a, cabe ao Juiz reconhecer a inconstitucionalidade, independente da natureza política ou não da questão de fundo.

Portanto, a noção de Estado Democrático de Direito – esquecida por Habermas, conforme a crítica de Streck –, leva em conta a noção de Constituição com conteúdo jurídico. A Constituição surge não apenas como a explicitação do contrato social, fora de seu contexto hermenêutico, ou seja, não apenas como um instrumento ou uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo com os Destinatários/Cidadãos, mas como, através da linguagem constitucional, a condição de possibilidade para o "constituir" a sociedade. (STRECK, 2013, p. 169).

Streck (2013), ainda, coloca o problema da tese procedimentalista habermasiana no âmbito da filosofia hermenêutica, no sentido de que, em que pese pretendesse superar o esquema sujeito-objeto, ou seja, do sujeito que "assujeita" o objeto, o faz eliminando o subjeito e o substituindo por outra estrutura: que é a razão comunicativa.

Todavia, não é isso que propõe a hermenêutica filosófica, a partir da virada linguística, que estimula o sujeito, porém controlando o alcance do sentido, pela tradição e pela pré-compreensão autêntica (círculo hermenêutico).

Habermas adapta o constitucionalismo e o papel da jurisdição à sua filosofia, a partir dos discursos de fundamentação, que não permitiriam uma construção estrutural da decisão (pré-juízos falsos; pré-juízos autênticos = compreensão/antecipação de sentido = interpretação = aplicação – sendo a linguagem a condição de possibilidade

para produção do sentido), mas representariam a fundamentação de um sentido prévio ou já concebido.

Nesta perspectiva filosófica, Streck (2013), se valendo do referencial teórico heideggeriano, afirma que Habermas, com o seu procedimentalismo, ignora a diferença ontológica, que é produzida no jogo entre a manifestação do ente e o desvelamento fenomenológico do ser. Para a fenomenologia hermenêutica de Heidegger (2005) , não se tem como dissociar "ser" e "ente" ou "sujeito" e "objeto", sendo seu objetivo buscar o sentido da linguagem que se expressa como uma antecipação da compreensão do ser-aí-no-mundo. Isso permite a Heidegger falar de dois planos da linguagem: um hermenêutico e outro apofântico. O hermenêutico parte de uma pré-compreensão, baseada no ser-aí-no-mundo ou de uma antecipação do sentido originária da linguagem, caminhando para verificação dos juízos falsos e autênticos, seguindo para a interpretação e aplicação. E o apofântico fica resumido a antecipação do sentido.

A partir da leitura da fenomenologia heideggeriana, Streck (2013) aponta que, negando a substancialidade da Constituição, Habermas privilegia o plano apofântico da atribuição do sentido, acabando por entificar o sentido da Constituição ou objetificar o seu texto, produzindo resultados artificiais que podem não representar o plano hermenêutico em que se move. O procedimentalismo atuaria como espécie de método ou como uma ferramenta que estaria à disposição dos agentes públicos.

A discussão acerca do papel do direito e da justiça constitucional deve ser contextualizada, levando em conta as especificidades de países como o Brasil. Ora, como ter cidadãos plenamente autônomos, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como pode ser uma eleição livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político?

Trabalhando o texto constitucional apenas no seu sentido procedimentalista, abre-se espaço para direitos sociais não realizados e direitos fundamentais não respeitados. Também, corre-se o risco de se entender o direito como um mecanismo de redução de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador da sociedade, próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Corre-se, ainda, o risco de transformar-se o Direito Constitucional em Direito Constitucional simbólico, frustrando-se as expectativas do contrato social.

Essas mesmas críticas se afiguram perfeitamente enquadráveis quando o assunto é o sentido do direito pela perspectiva funcionalista, especialmente, a tocante à construção filosófica desse sentido, que privilegia o plano apofântico, entificando o sujeito e substituindo essa construção (do sentido) por estruturas prévias, carentes de fundamentação, no plano hermenêutico.

À evidência, nessa linha, fica o problema estrutural da decisão jurídica, que não observa o caminho entre a pré-compreensão, originária da linguagem imanente do sentido do ser-aí-no-mundo, com o distanciamento dos pré-juízos inautênticos e a eleição dos pré-juízos autênticos, a partir do círculo hermenêutico impulsionado, dentre outros, pelos valores constitucionais, culminando com a compreensão, a interpretação e, ao final, aplicação do direito.

Simplesmente, substitui tudo isso por um discurso utilitarista, que instrumentaliza o sentido do direito, preferindo os fins que o "contexto social" ou as elites dominantes elegem aos valores substanciais da Constituição, de modo a também preterir os fundamentos de validade pelos efeitos ou resultados das decisões.

Castanheira Neves (1995), ao traçar as alternativas que se apresentam ao sentido do direito, especialmente, quando aponta para a ordem de finalidade política, donde, especialmente, aparece o contexto da decisão, expressa que, com tal modelo, "não se ultrapassaria o nível do discurso" (p. 306), culminando com uma racionalização científica à realização dos fins.

Ao assim se construir, se depara com modelos decisórios pelos quais se determinam soluções alternativas justificáveis e criticáveis em seus efeitos; ou por esquemas metódicos definíveis por uma empírico-analítica teoria da decisão. Em qualquer caso, sempre em substituição à necessária atenção à ordem axiológica normativa reclamada por Castanheira Neves (1995).

Assim como na crítica ao procedimentalismo habermasiano, apresentada sob a perspectiva de Streck (2013), o sentido do direito galgado pelo funcionalismo esquece o principal papel assumido pelo direito, no paradigma constitucional ou do Estado Democrático de Direito. Para além das concepções liberais e sociais, o direito assume o papel transformador da sociedade, omitido pela mecanização da proposta funcionalista.

> [...] o direito postula uma ordem justa de sociedade e não tão-só uma organização finalística e eficaz, exige uma validade que fundamente, não

> se basta como uma estratégia de fins que apenas se testem empiricamente nos efeitos" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 308).

2.3 Da resposta substancialista limitada ao sentido do direito no Estado Democrático de Direito e sua relação com o modelo de jurisdição do jurisprudencialismo

O fato é que, diante da concepção que se tem de Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Essa nova postura da justiça constitucional, que recebe o nome de jurisdição política, não pode, por outro lado, representar um descrédito às demais construções democráticas, em especial, a legitimidade das relações entre os poderes do Estado.

Entre "funcionalismo", "substâncias" ou "procedimentos", em nenhum momento, poderá o Judiciário vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na defesa de ativismos judiciais. O limite para esse espaço de intervenção judicial, na abordagem de Streck (2013), é representado na força normativa da Constituição.

Muito estreita a essa resposta sobre o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, temática de fundo na discussão entre as teses esboçadas nesses artigo, ou ainda da própria concepção de Estado Democrático de Direito, é a tese defendida por Luigui Ferrajoli, quem vê, no constitucionalismo garantista, cuja base é a normatividade da Constituição, o limite para a intervenção judicial.

Pode-se perceber, por parte destes autores (Streck e Ferrajoli), a assunção de um substancialismo com limites, e não irrestrito como tem sido aplicado pela jurisprudência pátria, sobretudo, pelo STF[2].

É o que se depreende da fala de Streck (2013, p. 183):

> Quando admito certo grau de "intervencionismo substancialista" – com todos os cuidados que essa expressão deve ter -, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. É evidente que esse intervencionismo deve

[2] Nesse sentido, destacam-se as seguintes decisões: ARE n. 705.900 – AgR/RS; ARE n. 650.359 – AgR/RS; RE n. 607.381 – AgR/SC; AREn. 743.518 – AgR/RS; ARE n. 746.378 – AgR/RS; AI n. 550.530 – AgR/PR; Rex. 566.471; Rex 592.581; Rex 607.582; Rex 657.718; Rex 684.612.

> vir acompanhado de uma consequente teoria da decisão judicial, para impedir posturas ativistas.

Outra ressalva feita pelo autor, no tangente à abertura da judicialização política e seus limites, impulsionada por teses substancialistas, são quanto às discussões a respeito da reserva do possível e do mínimo existencial. Segundo Streck:

> O Estado não pode se negar a adimplir suas obrigações constitucionais, devendo planejar-se para tanto, orçamentária e legislativamente, de modo que, caso isso não ocorra, o cidadão possui pleno acesso de buscar seus direitos perante o Judiciário, o qual deve atuar de forma substancialista, de forma a concretizar as promessas constitucionais, obviamente dentro dos limites econômicos do Poder Público, os quais devem ser sempre demonstrados, caso a caso (STRECK, 2013, p. 187).

Ainda, muito afim a tese substancialista, consoante já abordado linhas acima, está a proposta de jurisdição e busca do sentido do direito sob o modelo do jurisprudencialismo, proposto por Castanheira Neves (1998). Este autor defende uma ordem axiológica-normativa, que venha a permear o sentido do direito, ordem esta que tenha o seu paradigma em princípios constitucionais e em valores resgatados pela concepção do homem não apenas enquanto sujeito de direitos, mas também de deveres. Com essa perspectiva, é favorável a limitada "criatividade" judicial, para a intervenção, nas situações concretas, impondo dita ordem, inclusive, sobre os demais poderes.

Por fim, sintetiza Streck (2013) que, em que pese se esteja longe de uma postura substancialista (ou jurisprudencialista, dependendo do referencial teórico que se adote) – o que se evidencia pela inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição, pela postura assumida pelo Poder Judiciário frente a institutos como mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão e pela falta de filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição –, também não se aproxima da prática procedimentalista proposta por Habermas. Isso porque, em vista da democracia delegativa (O'DONNEL, 1994) instituída no Brasil, onde o decretismo do Poder Executivo passa por cima do Poder

Legislativo, também não asseguramos a produção democrática de direitos e dos procedimentos legislativos.

A questão é será o funcionalismo que tem premeado a jurisdição constitucional e, assim, o sentido do direito, mesmo no paradigma do Estado Democrático de Direito? Esse é um dilema a ser resolvido pelo constitucionalismo pátrio, sob pena do total comprometimento das instituições democráticas e, nessa medida, concretamente, da decisão judicial, destacando a crítica debruçada linhas acima, pela instrumentalização e mecanização do direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida no presente estudo teve por escopo levantar as propostas ao sentido e alcance do direito e da jurisdição que têm surgido em vista do "novo" papel desempenhado pelo Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito. A especial atenção foi conferida às teses funcionalistas, procedimentalistas, substancialistas e jurisprudencialistas.

O funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo foram verificados sob a perspectiva de Castanheira Neves, já o procedimentalismo e o substancialismo foram, em essência, esboçados sob as perspectivas de Habermas e Streck, respectivamente.

Se limitou a encontrar a relação entre estas teses e constatar no que as críticas e aplausos deduzidos a uma e outra se emprestam, para tentar encontrar o sentido do direito e da jurisdição, no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Foi aí que se estreitou, especialmente, no atinente à decisão judicial, a problemática da estrutura da decisão, as teses funcionalistas às procedimentalistas. Verificou-se que ambas podem refletir uma solução ou resposta que não passa pelo plano hermenêutico da construção do sentido. Isso porque representam posturas que mecanizam ou instrumentalizam o sentido do direito.

No caso do funcionalismo, a busca do sentido fica presa aos fins eleitos, sejam eles políticos, sociais ou econômicos, representando o direito um meio ou modo para se atingi-los. Assim é na análise econômica do direito.

No procedimentalismo de Habermas, é a teoria do discurso que fica limitada ao plano apofântico, quando nega a substancialidade da Constituição.

Reiterou-se que a Constituição representa o "ser-aí-no-mundo", onde "ser" e "ente" (ou sujeito e objeto) dialogam numa relação de inter-subjetividade, pós-virada linguística. Portanto, a Constituição constitui a tradição, bem como a antecipação do sentido, que, pelo círculo hermenêutico, deve caminhar para expulsão dos pré-juízos falsos e inclusão dos pré-juízos verdadeiros, até se dizer compreendido, interpretado e aplicado o direito à situação concreta.

Não é o que ocorre com o funcionalismo e com o procedimentalismo, de modo que toda a crítica streckiana ao último, sob a base da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, no tangente à estrutura da decisão ou simplesmente à fundamentação, se empresa aquela primeira, de modo a se enfatizar o seu resgate. Há uma escolha de finalidade prévia e, ao final, uma racional argumentação jurídica justificadora dessa antecipação de sentido. Todavia, não há a construção fenomenológica hermenêutica do sentido.

A partir disso, se insiste pela construção do sentido do direito pela abordagem substancialista, que reconheça os valores e os princípios constitucionais – ou a normatividade da Constituição – como limitadora da intervenção judicial, para concretização dos direitos fundamentais e, assim, como escorreita ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Mais uma vez, é preciso reiterar a estreita relação entre o substancialismo e o jurisprudencialismo desenhado por Castanheira Neves. Ambas vertentes a favor da substancialidade material da Constituição Federal, a partir de uma perspectiva axiológico-normativa.

De mais a mais, conforme evidenciado em várias passagens do texto, fica-se com uma postura substacialista limitada para a construção do sentido do direito e a sua realização pela atividade jurisdicional. Isso porque também se coloca contrariamente a qualquer comportamento ativista, que venha a colocar em cheque as demais instituições do Estado, em especial, a democracia.

Logo, a intervenção judicial para concretização dos direitos sociais é algo correlato ao paradigma do Estado Democrático de Direito. No entanto, essa abertura à jurisdição política não significa que o julgador está autorizado a dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O limite é a Constituição Federal, tradutora da tradição jurídica apresentada à construção fenomenológica hermenêutica do sentido do direito naquela situação concreta posta à discussão.

Portanto, o conteúdo e o alcance do direito e da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, ao nosso sentir, é melhor explicado pelo viés do substancialismo – ou jurisprudencialismo, por Castanheira Neves –, porém sempre limitado à normatividade da Constituição, não se prestando as demais alternativas, em especial, as que instrumentalizam esse busca, dentro do paradigma constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 março 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28sa%FAde+e+direito%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qjoou3c>; Acesso em 30 jul. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV. Coimbra/Pt, 1998, p. 1-44.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 ed. Petrópolis: Vozes Editora, 2005.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa. **Journal of Democracy**. vol. 5, n. 1, January, 1994, p. 55-69. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/11566.pdf>. Acesso em: 15 mar 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8. nº 2. p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em

<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>; Acesso em 14 jul. 2014.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis, in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Org. Luigi Ferrajoli et all. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.