II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

MINIMALISMO JUDICIAL E CULTURA CONSTITUCIONAL

JUDICIAL MINIMALISM AND CONSTITUTIONAL CULTURE

Eduardo Ribeiro Moreira [1]

Resumo

Um dos tópicos mais controversos da filosofia constitucional é o debate relativo ao papel da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes. O processo contemporâneo denominado judicialização da política possui legitimidade democrática? Cass Sunstein delineia a tese de um "minimalismo judicial," de acordo com o qual as Cortes não deveriam decidir questões desnecessárias na resolução de um caso, de forma a respeitar seus próprios precedentes e exercer as denominadas "virtudes passivas", no que se refere ao uso construtivo do silêncio. Robert Post e Reva Siegel, todavia, ambos professores da Yale Law School, sustentam que, muitas vezes, minorias estigmatizadas e movimentos sociais pressionam o Judiciário a interpretar a Constituição de forma juridicamente sensível a suas pretensões. Pretendemos apresentar a contraposição teórica entre o "minimalismo judicial" de Cass Sunstein e o "Constitucionalismo Democrático" desenvolvido por Robert Post e Reva Siegel, pois tal discussão enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional na proteção de minorias.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional,, Constitucionalismo,, Procedimentalismo, Substancialismo, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

One of the most controversial topics of constitutional philosophy is the debate on the role of constitutional jurisdiction in the context of the separation of powers. Does the contemporary process called legalization of politics have democratic legitimacy? Thus, a key author in the American constitutional landscape, Cass Sunstein outlines the thesis of a "judicial minimalism," according to which the courts should not decide on issues unnecessary to solve a case in order to respect their own precedents and exercise the so-called "passive virtues" regarding the constructive use of silence. However, Robert Post and Reva Siegel, both professors at Yale Law School, argue in a joint article that, oftentimes, stigmatized minorities and social movements pressure the judiciary to interpret the constitution in such way so as to be legally sensitive to their pretensions. We intend to present a theoretical opposition between the "judicial minimalism" of Cass Sunstein and the "Democratic Constitutionalism" developed by Robert Post and Reva Siegel, for such a discussion enriches and clarifies the contemporary political philosophy about the limits of the role of constitutional jurisdiction in the protection of minorities.

---

[1] Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro Doutor, Pós Doutor e Livre-Docente em Direito Constitucional

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Constitutionalism, proceduralism, Substantialis, , judicial activism

A FILOSOFIA PRÁTICA E O SINCRETISMO METODOLÓGICO

Introdução

Ao estudar a relação que se estabelece entre a Filosofia e os outros campos do saber, nota-se a mudança no papel desempenhado por aquela no último século. Após muitas ciências avançarem para um ponto em que os filósofos já não acompanhariam de perto sua evolução, a Filosofia buscou dialogar entre seus pares. (GADAMER, 1983). Saiu de cena a digressão metafísica e existencial, e outros temas ocuparam o epicentro das atenções, como a Filosofia da Linguagem. Fechada no meio acadêmico, a produção filosófica deixou de ser acompanhada pelos estudiosos em geral durante quase um século. Nesse ínterim, a Filosofia permaneceu em torno de si mesma, e não mais se atualizou para com o mundo.

A capacidade de interação entre a Filosofia e os outros campos do conhecimento humano recupera-se na medida em que se percebe que alguns "problemas metafísicos estão sendo tratados com um respeito mínimo pela lógica e pela ciência". (BUNGE, 2013, p. 61). Especificamente na relação entre Filosofia, Direito e Política - que é o que aqui interessa - a interlocução entre tais campos foi benéfica para todos. Os juristas, ao se apropriarem (ainda que tardiamente) do discurso filosófico, produziram reflexões de direito para fora dos tribunais. A Filosofia do Direito - que abarca nosso objeto de pesquisa - promoveu uma verdadeira revolução nesse campo.

No campo da política, a Filosofia trouxe densidade e alternativas a uma ocupação perdida de crença e de legitimidade. A Filosofia Política, em especial, passou a investigar temas - como eleições, democracia e governança - contudo sem abandonar o raciocínio lógico-filosófico. Para a Filosofia Política, descortinou-se o mundo da vida, tanto na dimensão individual e cultural imersa na linguagem, como na dimensão institucional, presente na esfera pública.

Na Ética, o intercâmbio revela que ela é hoje mais necessária do que nunca e que, nessa matéria, os filósofos continuam capazes de falar com propriedade acerca dos assuntos gerais de nossos dias. Vê-se nas problemáticas tradicionais que, dependendo da complexidade ética envolvida, aproximam-se do diálogo com o filósofo moral, o jurista, o

filósofo político, o sociólogo, dentre outros especialistas. (FARALLI, 2006, p. 2). A Filosofia volta então a ser estudada como saber integrado para cooperar com as diversas ciências, e não um saber elevado, afastado dos demais, numa assertiva que se encaixa perfeitamente com os presentes estudos éticos.

Não obstante, os principais problemas que motivam o presente trabalho são: seria possível combinar Teorias (Gerais) do Direito? E, em segundo lugar, problematiza-se: seria legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional? Por fim, questiona-se: qual a relação da argumentação jurídica e das éticas cognitivistas com estes temas? O estudo é relevante, pois ao adentrar nas propostas de estudos filosóficos sobre ética e moral, deparamo-nos com a seguinte divisão: aqueles partidários da ética não cognitivista e aqueles defensores da ética cognitivista com uso da moral. Os estudiosos da metaética não cognitivista, com base na Filosofia Analítica, tratam dos valores e de seus significados e recusam-se a conhecê-los objetivamente.

O desenvolvimento que usa a teoria não cognitivista se distingue em diversas propostas, que têm como base comum a não atribuição de significado moral aos termos utilizados de forma motivacional. (SCHROEDER, 2010, p 162). O não cognitivismo diz que substitui crença por aceitação, mas, com isso, afasta-se das balizas sociais, o que, como consequência, serve de desculpa para um comportamento eticamente reprovável. Esse substrato teórico serviu de sustentáculo para o positivismo exclusivista, que defende a tese de separação total entre o Direito e a moral, haja vista que a última pertenceria somente à ética filosófica. (SCHROEDER, 2010, p 162).

Já o cognitivismo moral percebe no juízo moral aquilo que motiva cognitivamente e não deve ser equiparado a apenas uma condição de verdade. O juízo moral presente hoje no discurso jurídico e filosófico cognitivista é fruto dos trabalhos iniciados por Kant, por isso, postula-se que as teorias que trabalham em alguma medida a razão aplicada à moral são teorias neokantianas. A base da Filosofia do Direito do século XXI é neokantiana. Habermas (2004) - filósofo que parte de tal base teórica, a qual seria, em última instância, inspirada em Kant - explica o que acarreta tripartição kantiana do mundo em:

- Mundo objetivo – pretensão de verdade, relação com o mundo externo;
- Mundo social – pretensão de correção, relação com as demais pessoas pelo agir comunicativo;
- Mundo subjetivo – pretensão de veracidade, relação com o próprio eu, em torno de si (e o inconsciente).

A partir das três visões de mundo, Habermas (2004) destaca os três tipos dos atos da fala: o tipo constatativo; o tipo regulativo; e o tipo expressivo. Os dois primeiros são discursivamente rejeitáveis, já o último é resgatável no próprio agir comunicativo. A ética do discurso, tão em voga em Habermas (2004), transporta-se ao Direito e corresponde à ética proposta pela argumentação A proposta ética cognitivista contemporânea postula uma filosofia aplicada – aplicada ao direito, à política – superando as incertezas trazidas no pensamento crítico pós-moderno (BAUMANN, 1998), o qual acentua o uso da linguagem. Vejamos a comparação entre o panorama do ser, o panorama da mente, o panorama da linguagem e também o panorama da ética, possível a partir da reabilitação da razão prática e incluído exclusivamente por nossa percepção:

- Panorama do ser = filosofia clássica = filosofia metafísica
- Panorama da mente = filosofia moderna = filosofia do conhecimento
- Panorama da linguagem = filosofia pós-moderna = filosofia da linguagem
- Panorama da ética = filosofia contemporânea = filosofia prática

A Filosofia prática não se confunde com a pragmática. Problemas de desvelamento e de compreensão do panorama já estão lá na base filosófica, aguardando a crítica. A mudança de panorama é o modo de não se fechar na tradição filosófica, e sobretudo o foco se concentra em realizar a ponte entre a Filosofia e a construção possível. O possível pode operar contrafaticamente, já que não se pode esquecer que uma das funções da filosofia é desafiar a realidade enquanto a reconhece. Um bom exemplo dessa operação contempla analisar dialeticamente as contribuições de Hegel como filósofo da reconciliação dos fragmentos destruídos pela modernidade: sociedade (dentro de si), família (ser aí) e a síntese, o Estado.

Não se pode obliterar que a força conservadora celebra a razão apenas em uma parte, posto que nega o papel da cultura, dos movimentos de afirmação, dos movimentos sociais, simplesmente porque trazem distúrbios à unidade. Por isso, antes de tudo, aparece a Filosofia como guardiã da racionalidade, pois ela pode transformar. Ela (a Filosofia) não é mais a rainha suprema da cultura porque não há mais espaço para isso; é ainda mediadora entre o mundo da vida e os ‘experts’, e dessa forma, permite a cooperação dos saberes.

A racionalidade configura um termo mais preciso do que a razoabilidade, uma vez que o último está muito próximo à noção de *common sense* (bom senso) e desenvolve-se no direito num sentido de aplicação. O logos do razoável humano aparece mais fraco do que a

lógica racional. A racionalidade então fornece um sentido forte ao direito e elimina a arbitrariedade do método jurídico. A racionalidade do juízo não implica sua verdade, apenas sua aceitabilidade fundamentada num contexto dado. Também tem-se que a racionalidade reflexiva é a capacidade de autorreflexão, de como distanciar-se de si mesmo (ou de refletir sobre minhas próprias ações, opiniões), o que possibilita a real liberdade.

Já a racionalidade comunicativa se espelha no entender-se com alguém a respeito de algo, projetando-se o que se quer dizer; o que se diz nele, a forma de sua aplicação na ação da fala. (HABERMAS, 2004, p. 105). A diferença entre acordo (forte e conhecido por muitas partes) e consentimento mútuo (apenas as partes chegam a uma mesma conclusão, ainda que, por razões diversas, tampouco aproximem-se de uma verdade universal) persiste. Portanto, é necessário situar os desacordos morais, que permitem um desfecho harmônico - ou pelo menos, tolerante. O intolerante não aceita o acordo nem o desacordo moral e fica identificado com o irracional quando não possui fundamento para a intolerância. Irracional é quem defende opiniões e dogmaticamente prende-se a elas, mesmo vendo que não pode fundamentá-las. (HABERMAS, 2004).

A racionalidade prática leva em consideração todo o comportamento humano racional ligado à ideal de ação. Logo, é tão relacionada com a Filosofia do Direito que, além de teorias, trabalha a racionalidade do argumento e da decisão. A racionalidade de ações opõe-se à racionalidade teórica - a qual, por sua vez, concentra-se nas condições teóricas e seus desenvolvimentos. Na Filosofia do Direito, quando se abordam as decisões ou o papel dos operadores do Direito, mantém-se o plano da racionalidade prática. A dogmática jurídica, seu objeto e suas funções operaram por muito tempo dentro da perspectiva da racionalidade teórica. Foi o papel da Filosofia do Direito a fazer o jurista despertar do sono dogmático para perceber que, mesmo no método, pode-se buscar ordenar condutas mais racionais do comportamento humano. Isto é especialmente fácil de perceber nas decisões judiciais: a racionalidade prática desempenha papel para além daqueles elaborados pela racionalidade teórica.

O discurso moral fundamenta-se no direito pelos princípios, que funcionam como pautas da moralidade pública contemporânea. O discurso faz-se sobre uma ética pautada por princípios, que detêm carga axiológica e têm funcionamento aberto. A importância do discurso evidencia-se pelos padrões de racionalidade que ele transmite. A crítica da razão funciona a partir do horizonte da modernidade. Habermas não concorda em identificar a modernidade com o niilismo, e aposta na critica à modernidade não niilista, mas sim, construtivista. A racionalidade do discurso prático se verifica ao adotar meios passíveis de

atingir metas visadas. A racionalidade prática, na Filosofia Contemporânea, preocupa-se com a realização de seguir normas morais exequíveis e que podem promover o bem-estar social. Por sua vez, o bem-estar social aparece como ciência social reconstrutiva, e a reabilitação da razão prática viabiliza um novo quadro filosófico com importantes consequências, como a superação do positivismo e o estabelecimento da consciência moral pós-convencional. (MAIA, 2008).

A Filosofia Prática Contemporânea - neokantiana - é distinta do que se entendia por Filosofia Prática na Antiguidade (como em Aristóteles), então vista como oposição à filosofia teórica. Na Modernidade, apareceram os sujeitos racionais, e o sentido de justiça ganha feição para fora do que *é bom para mim, é bom para os outros*. Os sujeitos racionais conglobam elementos trabalhados por Habermas que, ao explicar a ligação entre teoria e prática, assevera que "no pensamento pós-metafísico, o direito racional e a filosofia da história levaram a outra concepção da relação entre teoria e prática". (HABERMAS, 2004, p. 313). A Filosofia Prática na Contemporaneidade restabelece o sentido sobre o "que falta nas formas atrofiadas da filosofia acadêmica é uma coisa: uma perspectiva que confia a seus enunciados a capacidade de nos orientar na vida". (HABERMAS, 2004, p. 315).

Utiliza-se o método reconstrutivo, que parte dos pressupostos metodológicos habermasianos atinentes às concepções de reconstrução racional e de pragmática universal. A filosofia da linguagem habermasiana se contrapõe a metodologias especulativas ou metafísicas baseadas no solipsismo como estratégia metodológica que evita dogmatismos.

Em relação ao método de procedimento, a pesquisa resgata também o método monográfico, ao pressupor que o estudo de um caso de maneira profunda pode ser considerado como referência para muitos outros. Assim, o caso invocado sucintamente é o Habeas Corpus 82.424, no qual apenas se corroborou a tese da legitimidade do sincretismo metodológico. Resgata-se também o voto de *Justice* Ruth Ginsburg em *Grutter v. Bollinger* (ESTADOS UNIDOS, 2003), especificamente no que se refere à estratégia metodológica de legitimação do direito comparado na jurisprudência norte-americana. Utiliza-se como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica de autores que tratam do tema das éticas cognitivistas na Filosofia do Direito, das técnicas de interpretação constitucional e do sincretismo metodológico.

À luz do método monográfico supracitado, o presente trabalho sustenta, como primeira hipótese, a pressuposição segundo a qual o Direito Constitucional Comparado deve atuar não apenas como metodologia de ensino e de pesquisa, mas também como técnica de

interpretação constitucional a ser operacionalizada pelas Cortes constitucionais. À luz do método reconstrutivo habermasiano, propugna-se, como segunda hipótese, que nem a moral subjetiva, nem a moral objetiva devem ser consideradas como a moralidade pública contemporânea. Esta só é constatada após o debate argumentativo intersubjetivo.

Com efeito, como terceira hipótese, assevera-se - também com fundamento no referido método reconstrutivo - que a moral perde o cunho substancial para atuar no plano procedimental, com ganhos no plano de coordenação das regras do discurso. Como quarta hipótese, defende-se que os princípios direcionam o processo hermenêutico na busca de respostas corretas para os casos difíceis. Assume-se como quinta hipótese a pressuposição segundo a qual é necessária a gradação na utilização da argumentação jurídica e na aplicação dos princípios para casos difíceis.

Ademais, afirmando-se a sexta hipótese, advoga-se que o cientista do direito deve preocupar-se com a justiça inerente aos princípios, que não devem ser concebidos como neutros. Ao ensejo, tem-se como sétima hipótese para este trabalho a tese segundo a qual, com a instrumentalização da racionalidade prática, não seria possível estabelecer uma oposição entre condições prescritivas e descritivas. Nessa perspectiva, pressupõe-se como oitava hipótese que, quanto maior o déficit de engajamento democrático dos cidadãos no processo político majoritário, maior a necessidade de atuação do Tribunal Constitucional nas questões políticas, econômicas e sociais.

Ao ensejo, assumindo a nona hipótese, arremata-se que a relação entre Direito e Democracia passa a ser vista sem dualismos, posto que o Direito é um objeto cultural dinâmico e em constante procura de aperfeiçoamento. Por fim, salienta-se como última e principal hipótese, a tese de que, se inexiste incompatibilidade entre a Teoria do Direito e o método interpretativo, não há se falar em vedação ao sincretismo metodológico, porquanto a preocupação fundamental deve se direcionar para a busca da universalidade.

2- O PROBLEMA DO SINCRETISMO TEÓRICO E O SINCRETISMO METODOLÓGICO NO BRASIL

Superadas as críticas (indevidas) feitas pelos defensores de uma hermenêutica linguística e também pelo aparente desinteresse no aproveitamento da argumentação jurídica, resgata-se novamente questão principal do presente trabalho: é possível associar formas de conceber o Direito, ou em outras palavras, é possível misturar Teorias (Gerais) do Direito? E, como segunda questão, deve ser proibido o sincretismo metodológico na interpretação

constitucional? E por último, qual a relação da argumentação jurídica com estes temas? Primeiramente, importa responder sobre as teorias do Direito; em seguida, caberá a resposta sobre o sincretismo metodológico, já que são análises que operam em níveis distintos.

Sobre as formas de pensar o Direito - mais reconhecidas como propostas de teorias do Direito - os conhecimentos jurídicos devem ser misturados a outras áreas do saber. Cada vez mais a multidisciplinaridade apontará os caminhos do Direito e será possível identificar as concepções ideológicas do Direito, ou seja, qual a teoria do Direito prevalecente. Deixar esses conhecimentos de lado importará em falta de correlação com outras áreas do saber que, na prática, são cada vez mais necessárias, como a Economia e a Psicologia. O filtro é maior ou menor, de acordo com o consenso sobre qual direito estamos estudando, e isso em si já é argumentação. O próprio significado do Direito, como já demarcou Norberto Bobbio, tem múltiplas acepções e funções. A possibilidade de associar os pensamentos sobre o Direito esbarra em momentos históricos – já que o modelo de outrora pode já não ser o mais indicado – e nas vertentes filosóficas do Direito.

Calsamiglia desconfia de teorias do Direito abstratas e gerais que queiram reduzir a indeterminação do Direito, pois podem aplicar muitos métodos para ser universalmente válidas e aplicáveis, e acabam se tornando uma quimera sem controle. (CALSAMIGLIA, 2005, p. 120). A metáfora como a figura mitológica composta por vários animais em um só corpo é bem apropriada para denunciar misturas de Teoria de Direito. Cass Sunstein (1996) sustenta que o Direito se renova e não pode ser integrado sob uma teoria geral, e o máximo que se consegue é resolver alguns casos e perceber neles os métodos cabíveis. Não reconhecer uma teoria geral do Direito é um mal menor do que misturá-las. Se tal sincretismo for feito sem reflexão, pode-se permitir quase tudo. Por isso, esses sincretismos de teorias de direito devem ser evitados.

Os modelos de teorias do direito são o tipo de estrutura em que não pode haver *anomia total*, portanto somente é possível negar uma Teoria (Geral) do Direito, apresentando-se outra em substituição; todavia, as teorias do Direito são pontuais e não se projetam no tempo, nem no espaço, o que possibilita negar uma teoria geral ou atemporal com maior facilidade argumentativa. O convívio de diversas Teorias do Direito é indesejado. A mistura delas é uma tendência equivocada e inapta. Jusnaturalismo, Positivismo Exclusivista, Pragmatismo, Garantismo, Positivismo Inclusivo, Análise Econômica do Direito e Neoconstitucionalismo englobam teorias do Direito que são concorrentes e que não devem ser misturadas, sob a pena de se produzir um resultado que esteja fora dos padrões ou que se contradiga às bases.

Entrando na segunda pergunta, analisa-se o sincretismo das metodologias ou dos modelos de interpretação constitucional subjacentes à Teoria de Direito empregada. É menos difícil compatibilizar as metodologias de interpretação entre elas – até argumentação jurídica e hermenêutica – do que as teorias do Direito entre si, posto que, se as metodologias são compatíveis com a Teoria do Direito padrão, basta que não sejam incompatíveis entre si, já que o "sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável". (BARROSO, 2006, p. 53). Explicaremos melhor. Nesse ponto, defendemos ser possível a união de duas diversas metodologias que se somam – como a argumentação jurídica e a hermenêutica constitucional – para a promoção de uma tutela especial – os direitos fundamentais – dentro de um contexto maior, por exemplo, uma teoria do Direito mais adequada à reflexão prática como o neoconstitucionalismo. Verifica-se aí que o modo de conceber a teoria do Direito reflete-se nos métodos de interpretação com ele compatíveis.

Um bom exemplo foi invocado por Margarida Camargo (2005), que analisou os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 82.424. Segundo seu estudo, tais votos revelaram o horizonte histórico, a tradição e as distintas metodologias elaboradas nos votos e, embora algumas delas fossem diferentes, a maioria dos Ministros chegaram a um mesmo resultado.

As teorias de Direito, entretanto, são determinantes em confronto com o modelo de interpretação constitucional apresentado. Se essa etapa é não proibitiva – não há incompatibilidade entre a Teoria do Direito e o método de interpretação constitucional – e o uso dos métodos é coerente – procedimental universal – ou seja, é o método usado em casos análogos, não deve ser questionada a compatibilidade interna entre os mesmos, já que o aplicador poderá dar destinação ligeiramente diversa da concebida pelo autor de origem, visto que o texto tem significado próprio. (GADAMER, 2015). A nossa preocupação é com a universalidade em que o método é usado pelo mesmo órgão julgador em casos similares. Em poucas palavras, a preocupação é com a universalidade - e não com o sincretismo metodológico.

Interessa o exemplo de busca da universalidade da metodologia da interpretação constitucional narrado por Mark Tushnet (2006), ao examinar a importante decisão sobre ações afirmativas nos Estados Unidos no caso Grutter v. Bollinger (ESTADOS UNIDOS, 2003). Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana considerou o critério da raça nas políticas de admissão da Universidade de Michigan de forma a abraçar a diversidade. *Justice*

Sandra O'Connor postulou que o interesse da Universidade de Michigan em obter uma massa crítica de estudante era adequado.

Justice O'Connor redigiu a opinião majoritária e foi acompanhada pelos *Justices* Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer. Embora *Justice* Ginsburg discordasse da decisão majoritária de estabelecer que as medidas de ação afirmativa seriam desnecessárias em vinte e cinco anos, notou uma coerência entre a decisão majoritária e os princípios incorporados nos tratados internacionais relativos à eliminação da discriminação racial.

Durante a sessão de julgamento, *Justice* Ginsburg observou que o problema das cotas é global, e citou outros países, como o Canadá e a África do Sul, que têm enfrentado a questão com dificuldades sobre a igualdade material. (ESTADOS UNIDOS, 2003). O Procurador-Geral questionou se a Corte deveria considerar o que os outros julgadores em outros países disseram sobre o assunto, já que nenhum desses países tem a mesma história constitucional dos Estados Unidos. (TUSHNET, 2006, p. 318).

A partir de então, abriu-se o debate sobre se a Corte Suprema dos Estados Unidos deveria considerar o que os julgadores de outras nações disseram sobre o assunto.

3-CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como Metodologia de Direito Comparado, as decisões das Cortes constitucionais estrangeiras não haviam sido utilizadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos em casos que versassem sobre a situação da sociedade, e, portanto, sem que houvesse precedente sobre tal metodologia constitucional, tais elementos de Direito Comparado não puderam fornecer base para a decisão e foram afastados do caso concreto. Mais que o possível desprezo com o Direito estrangeiro, impera notar que a Metodologia de Direito Comparado foi questionada em função da coerência e da universalidade do seu uso anterior.

Com efeito, pode-se reiterar a primeira hipótese segundo a qual o Direito Constitucional Comparado é não só metodologia de ensino e de pesquisa, mas é também técnica de interpretação constitucional a ser (ou não) promovida pelas cortes constitucionais. O presente trabalho constatou também a veracidade da segunda hipótese, segundo a qual a moralidade pública contemporânea não contempla nem a moral subjetiva, nem a moral objetiva, posto que pressupõe o debate argumentativo intersubjetivo. Confirmando a terceira hipótese, ratifica-se - à luz de Habermas - que a moral desvela-se desprovida de dimensão substancial, passando a incidir no plano procedimental. Indubitavelmente, absorver a moral subjetiva poderia retornar a questões moralista-religiosas. Defender moral objetiva representaria nos

limitarmos aos valores contidos nos bens, tornando muitos campos estáticos. A moral intersubjetiva chama ao debate os códigos universais, no campo do direito e dos princípios para serem preenchidos argumentativamente e, dessa reflexão pública, em que acordos e desacordos morais consentidos se articulam, alcança-se uma construção racional regulativa.

Outrossim, confirmam-se a quarta e quinta hipóteses, segundo as quais os princípios atuam como guias do processo interpretativo na busca de respostas corretas para os casos difíceis, sendo necessária a gradação na utilização da argumentação jurídica e na incidência dos princípios para os *hard cases.*

Nesse sentido, os princípios não são neutros e a perspectiva do cientista do direito é o de participante interno, moral e ativo – que busca a transformação e é guiado pela pretensão de correção, razão pela qual não é possível se configurar uma oposição entre prescrição e descrição, corroborando-se a sexta e a sétima hipóteses. Ademais, reafirma-se a oitava hipótese, pressupondo-se que, quanto maior o déficit de participação democrática no processo político majoritário, incrementa-se a necessidade de intervenção do Tribunal Constitucional nas questões políticas, econômicas e sociais. Confirma-se também a hipótese segundo a qual não há oposição entre Direito e democracia, posto que os próprios direitos fundamentais são condições de procedibilidade que incrementam o potencial do debate democrático.

Por fim, reitera-se a décima hipótese pela afirmação de que o sincretismo não é um mal em si[1] até porque, em um momento de busca de certeza e de desenvolvimento do Direito Constitucional, o incremento de técnicas é salutar.[2]

As diversas metodologias interpretativas configuram os meios para se construírem os primeiros passos para alcançar o resultado, que são completados por outras etapas, como

[1] Como ensina o professor Luis Roberto Barroso, "No caso brasileiro, como em outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta inevitável e desejável". (BARROSO, 2006, p. 53).

Em posição contrária, Virgílio Afonso da Silva alega que "a propagação que os princípios de interpretação constitucional alcançaram no Brasil pode ser considerada, por isso, exacerbada. Mas a pouca difusão que esse rol de princípios de interpretação alcançou em seu próprio país de origem não seria, em si, um problema, não fosse também a pouca importância prática com que esses princípios foram concebidos por lá." (SILVA, 2005, p. 121).

[2] O neoconstitucionalismo trabalha o desenvolvimento das teorias metodológicas que estejam comprometidas com a sua base comum. As técnicas de interpretação constitucional que apareceram na Lei 9868/99 são exemplos da expansão de uma metodologia constitucional, que fornece numerosos instrumentos ao Supremo Tribunal Federal. As metodologias de interpretação também podem ser consideradas ferramentas de notável referencial teórico.

inclusive o preenchimento dos direitos fundamentais, passando pelo julgamento das provas, pela verificação dos fatos e pela aplicação-subsunção das regras.

Em suma, os métodos de interpretação servem, antes de tudo, para desenvolver a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade. Sustentam a supremacia constitucional, valorizam as normas constitucionais e fornecem ferramentas para a jurisdição constitucional. São meios de ligação entre as preferências do intérprete e as normas constitucionais aplicáveis. Explicitar, de forma coerente, a opção por um método, ajuda a compreender a linha de raciocínio e os fundamentos que serão utilizados na decisão.

A preocupação de Virgilio Afonso da Silva é com o sincretismo metodológico na utilização das festejadas técnicas de interpretação constitucional. (SILVA, 2005, p. 134-143). As técnicas de Konrad Hesse, segundo as lições de Virgílio (2005), não teriam sido aproveitadas sequer na Alemanha. Virgílio (2005) vai além, e demonstra a incompatibilidade entre a teoria da ponderação de Robert Alexy (2011) e a teoria estruturante de F. Müller (2009), e ao concluir, afirma que tal conciliação é impossível, e ainda assim é feita no Brasil.

É importante, pois, lembrar que entre a Teoria do Direito abstrata e a utilização de princípios e de regras no plano concreto reside a metodologia constitucional. Ela, quando invocada, é o meio para se chegar ao fundamento normativo, que produzirá a base da decisão, sobretudo em casos médios e difíceis. Por um lado, para fugir da esquizofrenia de se tentar a elaboração de metarregras para avaliar os métodos e, por outro lado, para fugir da negação absoluta da utilidade dos métodos, deve-se debater acerca da compatibilidade entre o método escolhido – por exemplo, a ponderação de direitos fundamentais – e a teoria adotada pelo jurista: logo, deve existir justificação argumentativa no lugar da imperatividade.

Se as regras se resolvem por antinomias, os princípios por ponderação e a escolha do método do trabalho constitucional se operam por argumentação. A partir de então, o principal, os princípios e seus conteúdos, as regras aplicáveis, a parte processual e a parte substancial devem ser debatidos - tudo com compatibilidade constitucional.

> Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa Constituição com um determinado método. Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado. (SILVA, 2005, p. 143).

Em síntese, Silva (2005) arremata que a metodologia escolhida não realiza, por si, o correto julgamento, nem mesmo a correção do procedimento. Tratar dos métodos de interpretação constitucional, dessa forma, é colocá-los no seu devido lugar, sem negar sua

finalidade, por uma questão inapropriada de pureza hermenêutica, nem se preocupar excessivamente com o seu sincretismo, já que a validez do método está, preliminarmente, na compatibilidade com os pressupostos da Teoria de Direito adotada. O segredo está principalmente na luta por uma argumentação jurídica justificadora.

A partir daí, na Filosofia, há um duplo abandono. No primeiro, no campo do Direito, a superação do Positivismo propicia que o abalado domínio normativo passe a interagir com as discussões racionais e insurja-se contra o ceticismo filosófico. A reabilitação da razão prática é uma volta aos ensinamentos da Filosofia Moderna, com projeções para o futuro. A Filosofia Prática é sempre pautada na construção de um mandamento racional que conduz ao aprimoramento do objeto. O outro abandono anunciado pelo avanço do campo ético explicita-se no papel reservado aos conteúdos substantivos[3], que passam a interagir com a orientação procedimental. A visão do mundo contemporâneo, organizado em uma sociedade pluralista não acolhe a opção predominante. Contrariamente, distancia-se dela.

Diante do exposto, depreende-se que a associação entre razão prática e moral mostra condições de procedibilidade que tornam melhor, menos arbitrária e, sobretudo, mais racional, a vida nas sociedades pluralistas, as quais não dependem de uma moral, nem podem estar distanciadas dela. A racionalidade prática recortada e reconstruída para o Direito sintetiza a chave do sucesso da Filosofia Contemporânea no mundo jurídico. E disto não podemos esquecer: a filosofia mantém-se viva por um ideal de racionalidade.

4-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso. **La argumentación en el derecho.** Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice** – a reply to legal positivism. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 45-60.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito.** São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel**. El Derecho como Argumentación.** Barcelona: Ariel Derecho, 2006.

[3] Na verdade, não se trata universalmente de abandono, mas de abrandamento, pois muitos filósofos continuarão a ser substancialistas na relação da moral com o Direito, assumindo integralmente essa posição (Dworkin) ou parcialmente (Atienza e Rawls).

BAUMANN, Zygmunt. **O mal estar na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Quaestio Iuris,** Rio de Janeiro, vol, 2, n. 1, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico-**Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento.** 2.ed. Baurú: Edipro, 2014.

BOBBIO, Norberto**. Teoria da Norma Jurídica.** Bauru: Edipro, 2001.

BUNGE, Mario. **Física e Filosofia.** São Paulo: Perspectiva, 2013.

FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito-** temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivism.** Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 2005.

CAMARGO, Margarida. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Belo Horizonte, vol. 1, n. 3, 2005, p. 119-139.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana** – A Teoria e Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald**. Levando os Direitos a Sério.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald**. Justiça de Toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari.** Grutter v. Bollinger. 539 U.S 306. Barbara Grutter v. Lee Bollinger, et al. Opinião Majoritária: Justice O'Connor. Washington, D.C, julgado em 23 de Junho de 2003.

GADAMER, Hans George. **A razão na época da ciência.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans George**. Verdade e Método. voI.** Petrópolis: Vozes, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro.** São Paulo: Loyola, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia -** entre Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação.** São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KANT, Emmanuel Kant. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Liboa: Edições 70, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito** –Uma Teoria da Argumentação Juridica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 272.

MAIA, Antonio. **Jürgen Habermas** – Filósofo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAIA, Antonio. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly do. **Os Principios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAIA, Antonio. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo, In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

PETIT, Phillip Petit. **A Theory of Freedom-** From The Psychology To The Politics Of Agency. Oxford: Oxford University Press, 2001.

REGLA, Josep. Do Império da Lei ao Estado Constitucional. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. *In:* MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Argumentação e Estado Constitucional.** São Paulo: Ícone, 2012.

SCHROEDER, Mark. **Noncognitivism in Ethics-**New Problems of Philosophy. London/New York: Routledge, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford University Press: New York, 1996.

TUSHNET, Mark. Regras da Corte Suprema Norte-Americana sobre Ação Afirmativa. In: **Jurisdição e Direitos Fundamentais,** Anuario 2004/2005. AJURIS, vol, 1, tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 317-318.