

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito

GLADSTON BETHÔNICO BERNARDES ROCHA MACEDO

DA RESERVA DO POSSÍVEL À MÁXIMA EFETIVIDADE:
uma reflexão hermenêutica sobre a concretização
dos direitos fundamentais sociais

Belo Horizonte
2017

GLADSTON BETHÔNICO BERNARDES ROCHA MACEDO

DA RESERVA DO POSSÍVEL À MÁXIMA EFETIVIDADE:
uma reflexão hermenêutica sobre a concretização
dos direitos fundamentais sociais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Orientadora: Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Belo Horizonte
2017

M141d Macedo, Gladston Bethônico Bernardes Rocha
Da reserva do possível à máxima efetividade: uma reflexão
hermenêutica sobre a concretização dos direitos fundamentais
sociais / Gladston Bethônico Bernardes Rocha Macedo – 2017.

Orientadora: Maria Helena Damasceno e Silva Megale.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito Constitucional – Teses 2. Direitos fundamentais – Teses
3. Hermenêutica (Direito) – Teses I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 342.7(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

GLADSTON BETHÔNICO BERNARDES ROCHA MACEDO

DA RESERVA DO POSSÍVEL À MÁXIMA EFETIVIDADE:
uma reflexão hermenêutica sobre a concretização
dos direitos fundamentais sociais

Dissertação apresentada e aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, ___ de agosto de 2017.

Banca examinadora:

Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale (Orientadora)

Professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos

Professor Doutor Alfredo Emanuel Farias de Oliveira

“Quando alimentei os pobres, chamaram-me
santo, mas quando perguntei por que há gente
pobre, chamaram-me comunista.”

(Dom Helder Câmara)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale, exemplo de inteligência, brilhantismo acadêmico, sabedoria e humanidade. Por me guiar de forma dedicada e compreensiva, durante toda minha trajetória acadêmica no mestrado. Por me aconselhar nos momentos mais difíceis e por estender a mão quando eu precisei. Por constituir fonte de inspiração permanente à pesquisa hermenêutica centrada na realização dos direitos fundamentais e dos valores existenciais da pessoa humana. É um privilégio tê-la como minha orientadora e toda gratidão de minha parte ainda será diminuta, diante da imensurável contribuição da eminente professora para minha formação intelectual e moral.

Ao Professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos, pelas críticas e direcionamentos apresentados durante a banca de qualificação, todos incorporados ao presente trabalho, bem como pelas valiosas lições hauridas de sua disciplina sobre “Constituição e Economia”. Por desenvolver, com inteligência e brilho, um pensamento jurídico e uma prática judiciária alinhados à supremacia da Constituição e críticos ao neoliberalismo, cuja sanha novamente intenta esvaziar os direitos fundamentais arduamente conquistados pelo povo brasileiro.

Ao Professor Doutor Alfredo Emanuel Farias de Oliveira e à Professora Doutora Inês Maria de Carvalho Campolina, pela disponibilidade e pela honra a mim concedida ao aceitarem o convite para compor a banca de defesa de dissertação.

À Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, pelas críticas metodológicas e pelas sugestões para o aprimoramento desta pesquisa.

À Professora Doutora Iara Menezes Lima, por me conduzir com empenho e zelo em meus primeiros passos na pesquisa acadêmica durante a graduação.

Ao Professor Doutor Flávio Marcus da Silva, meu professor de história no ensino médio, por despertar em mim o amor pelo estudo, por me ensinar a pensar e por propiciar a sementeira do sonho de um dia ser jurista e professor.

À Mariette de Cássia Vieira, amor da minha vida, pela compreensão durante as inúmeras ausências exigidas para a consecução deste trabalho. Acima de tudo, por existir e por tornar minha existência plena e cheia de luz, ao desabrochar em mim o sonho de passar a eternidade ao seu lado.

À minha mãe Karla Beatriz, por todo amor, todo carinho e toda entrega incondicional, a quem, além do dom da vida, devo parte considerável das virtudes que possuo.

À minha avó Inês Mônica e à Mamãe Léa, minhas mães do coração, pelos sábios conselhos, pelo carinho e pelo apoio irrestrito nos momentos de dor e de aflição.

Aos meus avôs, Ildeu (*in memoriam*) e Mauro, por me incentivarem ao estudo, à leitura e, especialmente, a ser um homem bom e honesto.

Ao meu pai Luiz Carlos, pelo exemplo de dedicação profissional e de excelência, e por possibilitar que a presente conquista se concretizasse.

Aos meus tios e tias, primos e primas, notadamente ao meu Tio Sérgio e ao meu primo Gabriel, grandes amigos e sempre dispostos a me ajudar nas desventuras da vida.

Aos meus amigos, especialmente ao João Gustavo Fonseca, ao Ricardo Bauer, ao Alexandre Morato e ao Lucas Jerônimo, pelo apoio, pelas conversas e pelos inúmeros auxílios.

A todos os colegas da Pós-Graduação, em especial às amigas Patrícia Gazire De Marco e Paula Vilaça Bastos, pelo companheirismo, pela partilha de conhecimento e por tornarem menos árdua minha caminhada, com seus valiosíssimos conselhos e préstimos.

Aos servidores da Pós-Graduação, destacadamente ao Wellerson Alves de Roma, sempre solícito e disposto a ajudar, e que, certamente, será um grande jurista, com olhar crítico para a triste realidade social brasileira.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a Vetusta Casa de Afonso Pena, onde, com muito orgulho, me bacharelei e perante a qual, com a graça e a proteção de Deus, espero me tornar Mestre em Direito.

A todos que, de algum modo, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

A reserva do possível figura no discurso jurídico pátrio como um alegado impeditivo à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais. No entanto, o movimento de recepção do referido *topos* pela doutrina constitucional brasileira evidencia a perda da necessária relação originária com o núcleo normativo ao qual se refere, convertendo sua invocação em um perverso “mote mágico”, capaz de, por si só, afastar apofanticamente a efetivação das prestações positivas reclamadas do Estado, apartando inconstitucionalmente o intérprete-aplicador do necessário ônus de fundamentação de suas decisões. Diante disso, a dissertação em epígrafe pretende proceder a um reposicionamento fenomenológico da questão da reserva do possível, com fulcro na ontofenomenologia de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, marcos teóricos deste estudo. A teoria normativo-estruturante de Friedrich Müller, a concepção de direitos como trunfos de Ronald Dworkin e a noção de conteúdo essencial de Peter Häberle são refletidas à luz de tais marcos, com o escopo de afirmar a aplicação dos direitos fundamentais sociais como um processo de concretização vinculado à positividade constitucional e insuscetível de obstrução por argumentos pragmáticos e econômicos despidos de fundamento normativo. A alegada reserva do financeiramente possível é desvelada em suas ilegítimas pré-compreensões, eristicamente vertidas no falatório neoliberal como enunciado instrumentalizado à supressão utensiliar da força normativa dos direitos sociais. Os impactos orçamentários da efetivação jurisdicional de prestações positivas são hermeneuticamente resolvidos como um processo de delimitação imanente do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a ser talhado à vista de seus nexos sistemáticos com as demais normas constitucionais e tendo em vista a singularidade irrepetível da tradição histórico-linguística atual. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais nunca pode desconsiderar a alteridade normativa que intencionalmente se impõe, vinculando toda argumentação tendente à negativa pontual de um direito subjetivo processualmente vindicado.

Palavras-chave: Reserva do possível. Direitos fundamentais sociais. Hermenêutica fenomenológica. Concretismo normativo. Máxima efetividade da Constituição.

ABSTRACT

The reserve of the possible figures in the Brazilian legal discourse as an alleged impediment to the maximum effectiveness of the fundamental social rights. However, the movement of reception of this concept by the Brazilian constitutional doctrine shows the loss of the original relation with the normative nucleus to which it refers, converting its invocation into a perverse "magical mote", capable to, by itself, apophantically deprive the positive benefits claimed of its effectiveness, unconstitutionally removing the interpreters from the necessary burden of justification of their decisions. Thus, the above dissertation intends to proceed with a phenomenological repositioning of the question of the reserve of the possible, with a focus on Martin Heidegger's onto-phenomenology and Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics, the theoretical framework of this study. Friedrich Müller's normative-structuring theory, Ronald Dworkin's conception of rights as trumps, and Peter Häberle's notion of essential content are reflected in the light of such framework, with the scope of affirming the application of the fundamental social rights as a process of concretization, linked to the constitutional positivity and unsusceptible of obstruction by pragmatic and economic arguments layoffs of normative foundation. The alleged reserve of the financially possible is revealed in its illegitimate pre-understandings, eristically poured into the neoliberal phallus as an instrumentalized statement to the suppression of the normative force of social rights. The budgetary impacts of the judicial implementation of positive benefits are hermeneutically resolved as a process of immanent delimitation of the essential content of fundamental rights, to be tailored in the light of its systematic links with other constitutional norms and in view of the unrepeatable uniqueness of the current historical-linguistics moment. Therefore, the application of fundamental rights can never disregard the normative otherness that is intentionally imposed, linking all arguments tending to the punctual denial of a vindicated social right.

Key Words: Reserve of the possible. Fundamental social rights. Phenomenological hermeneutics. Normative concretism. Maximum effectiveness of the Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A ONTOFENOMENOLOGIA DE MARTIN HEIDEGGER E O DIREITO	16
2.1 O projeto de uma ontologia fundamental em “Ser e Tempo”	16
2.2 Introdução à analítica existencial do <i>Dasein</i>	18
2.3 A virada hermenêutica heideggeriana: a estrutura da compreensão como existencial originário do <i>Dasein</i>	22
2.4 O círculo hermenêutico e sua transparência na interpretação.....	27
2.5 A decadência do <i>Dasein</i> na cotidianidade e a possibilidade de sua reconquista	29
2.6 Direito, utensiliaridade e poiésis: rearticulação compreensiva e alteridade	31
2.7 Hermenêutica jurídica e (in)autenticidade linguística	35
2.8 Aplicação do direito, angústia e estranheza: o “não entender” como possibilidade produtiva da compreensão	37
3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER	40
3.1 Introdução ao projeto hermenêutico de Hans-Georg Gadamer	40
3.2 A obra de arte como arquétipo do acontecimento da verdade.....	43
3.2.1 A estética do gênio e a hermenêutica romântica de Friedrich Schleiermacher	43
3.2.2 O jogo e a obra de arte	45
3.3 A reconstrução da hermenêutica em face da historicidade do existir.....	50
3.3.1 Wilhelm Dilthey: entre os lampejos da historicidade e a reação do metodologismo moderno	50
3.3.2 O círculo hermenêutico e a conceitualidade da compreensão	53
3.3.3 A reabilitação da autoridade e da tradição.....	56
3.3.4 A produtividade da distância temporal para a compreensão	58
3.3.5 O princípio da história efetual e os horizontes hermenêuticos	60
3.3.6 A ética aristotélica e o problema da aplicação.....	63
3.3.7 A universalidade da “applicatio” e o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica	65
3.3.8 A negatividade da experiência hermenêutica e sua estrutura dialética.....	68

3.3.9 A dialética de perguntas e respostas como caminho para a compreensão adequada	70
3.4 A linguisticidade da experiência hermenêutica	73
3.5 As implicações da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica	77
3.5.1 A fundamentação normativa da impositividade da interpretação jurídica adequada à ontologia da compreensão.....	78
3.5.2 A reflexividade dos preconceitos na dialética processual	80
3.5.3 A incidibilidade entre questões de direito e questões de fato	82
3.5.4 As impropriedades do convencionalismo jurídico e da standardização do Direito	83
4 O CONSTRUTIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN.....	89
4.1 O igualitarismo político de Ronald Dworkin como base de sua teoria jurídica .	89
4.2 A integridade no Direito e a interpretação jurídica como romance em cadeia...	91
4.3 O juiz hércules e a tese da única resposta correta como ideia regulativa da <i>applicatio</i>	94
4.3.1 O argumento prático contra a tese da única resposta correta.....	96
4.3.2 O argumento teórico contra a tese da única resposta correta.....	98
4.3.3 Críticas à tese da única resposta correta	104
4.3.4 A verdade como conceito duplamente interpretativo	108
4.4 Uma mirada fenomenológica sobre o construtivismo dworkiniano: os direitos fundamentais como trunfos e a tese da resposta hermeneuticamente adequada.....	108
5 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER.....	113
5.1 Introdução à metódica estruturante.....	113
5.2 O malogro dos métodos tradicionais de interpretação e o perigo da irreflexividade aplicativa das Cortes.....	115
5.3 A incompreendida relação entre direito e realidade e a impropriedade da “força normativa do fático”	116
5.4 Breve recobrimento da Teoria Pura do Direito	118
5.5 A compreensão estruturante das normas jurídicas e a tese da não-identidade .	121
5.6 Elementos de concretização normativa da Constituição.....	125
5.6.1 Elementos referidos ao programa normativo.....	126
5.6.2 Elementos de concretização referidos ao âmbito da norma.....	131

5.6.3 Elementos dogmáticos	132
5.6.4 Elementos de técnica de solução	132
5.6.5 Elementos de teoria.....	133
5.6.6 Elementos de política constitucional	134
5.7 Em busca de uma hierarquia entre os elementos de concretização	135
6 A TEORIA PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTEÚDO ESSENCIAL DESSAS NORMAS.....	138
6.1 Introdução à teoria dos direitos fundamentais de Peter Häberle	138
6.2 A concepção normativo-institucionalista dos direitos fundamentais	139
6.3 A delimitação dos direitos fundamentais e o princípio do equilíbrio	140
6.4 Os direitos fundamentais entre o absoluto e o relativo.....	143
6.5 A dupla dimensão dos direitos fundamentais	147
6.6 Síntese parcial: a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais .	151
6.7 O pluralismo metodológico na concretização constitucional	153
6.8 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a hermenêutica fenomenológica.....	155
7 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB O CRIVO HERMENÊUTICO	160
7.1 A afirmação histórica dos direitos fundamentais sociais.....	160
7.2 A inserção teórica dos direitos sociais na dogmática dos direitos fundamentais: características normativo-estruturais e <i>topoi</i> de aplicação	163
7.3 Óbices à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais: programaticidade, separação dos poderes e reserva do possível	166
7.3.1 A alegada programaticidade das normas constitucionais estatuidoras de direitos fundamentais sociais	167
7.3.2 O princípio da separação dos poderes e as objeções à concretização de prestações positivas pelo Poder Judiciário.....	173
7.4 A concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário no Estado Democrático e Social de Direito	175
7.5 A inadequação hermenêutica do conceito semântico de norma jurídica e da tese da aplicabilidade das normas constitucionais em face dos direitos fundamentais sociais.....	180

8 A RESERVA DO POSSÍVEL EM SEU (DES)ENRAIZAMENTO HISTÓRICO	185
8.1 A fonte histórico-jurisprudencial da reserva do possível: o caso “ <i>numerus clausus</i> ”	185
8.2 A problemática incorporação do <i>topos</i> da reserva do possível pela práxis jurídica brasileira: (des)caminhos teóricos no bojo do pensamento neoliberal	192
9 AS (IN)COMPREENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL À LUZ DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	199
9.1 A teoria do custo dos direitos	202
9.2 A teoria da condição da realidade	206
9.3 A (in)oponibilidade da reserva do possível e a questão do mínimo existencial	210
9.4 Síntese preliminar	213
10 A DESTRUIÇÃO CRÍTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A DESOBSTRUÇÃO DO DIÁLOGO APLICATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	214
10.1 De tópos a elemento dogmático autônomo: a decaída proposicional da reserva do possível	214
10.2 A reserva do possível como <i>erística</i> ilegitimamente dominadora e a inconstitucionalidade da lida utensiliar com os direitos fundamentais sociais	216
10.3 A ilegitimidade das pré-compreensões ocultadas pela reserva do possível	221
10.4 Da força normativa do fático à exceção: a inconstitucionalidade da reserva do possível	227
11 CONCLUSÃO	240
REFERÊNCIAS	242

1 INTRODUÇÃO

A dissertação ora apresentada à crítica da comunidade acadêmica insere-se na linha de pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mais especificamente, aloca-se na área de estudo “Hermenêutica jurídica nas matrizes fenomenológica e epistemológica: interação de saberes em prol da efetividade dos direitos humanos e fundamentais”, magistralmente idealizada e coordenada pela Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale. Com efeito, o que se busca nas ulteriores laudas é, exatamente, com fulcro nos achados da hermenêutica fenomenológica, perseguir a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, e, com isso, o acesso substantivo à justiça pela via de tais normas, sem descurar, no entanto, das importantes contribuições ofertadas pela vereda epistemológica. A pertinência temática com os lineamentos estruturantes da linha de pesquisa, do projeto coletivo e da área de estudo supramencionados afigura-se, portanto, indubitável.

Nesse desiderato, observa-se que o *topos* designado como reserva do possível tem figurado no discurso jurídico pátrio como um dos principais impeditivos à sindicabilidade e concretização dos direitos fundamentais sociais. A síndrome de inefetividade das referidas normas, constatada sem arduidade na analítica de uma realidade marcada por profundas desigualdades sociais e regionais, e de um povo claudicado pela inexistência de prestações estatais mínimas destinadas à garantia de uma existência digna, encontra no construto dogmático da reserva do possível um pujante óbice ao seu enfrentamento.

O objetivo central deste estudo é, pois, promover uma destruição crítica da concepção de reserva do possível lucubrada pela doutrina constitucional brasileira e, conseqüentemente, reverberada acriticamente nas cortes. Por destruição crítica, entende-se reflexão análoga à prelineada por Martin Heidegger em face da ontologia da presença constante cultivada pela metafísica ocidental. Dito em termos metodologicamente aceitáveis: o problema alvejado pela pesquisa é o de saber se, nos termos em que recepcionada pela doutrina pátria, a reserva do possível figura como uma (pré)compreensão legítima diante da alteridade normativa à qual se refere, a saber, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais.

Há que se tecer uma singela crítica à consagrada metodologia de pesquisa em Direito, a qual, por vezes, parece se adequar apenas às investigações de cunho sociológico e empírico, o que não é o caso do presente estudo. Expressões como “variáveis intervenientes”, “variáveis independentes”, entre outras, não se amoldam, com a devida vênia, à espécie de investigação

que aqui se almeja. Os reclamos exacerbados por uma classificação e tipificação exauriente de modos de investigação, procedimentos e técnicas reportam a um metodologismo ainda atrelado à verdade predicativa cultuada pela filosofia da consciência, paradigma que aqui se rejeita.

Todavia, se ainda assim for exigida uma tipificação, pode-se afirmar que o método doravante perfilhado é o hermenêutico-fenomenológico, cuja inserção jurídica radica-se, fundamentalmente em três máximas: (a) ótima reflexividade das pré-compreensões, da situação hermenêutica e dos horizontes histórico-linguísticos subjacentes a qualquer lucubração jurídica; (b) império da intencionalidade normativa, fenomenologicamente vinculada ao *alter* das “coisas mesmas” no Direito, a saber, a normatividade; (c) incindibilidade das dimensões da compreensão, entendida toda interpretação e explicação jurídicas como aplicação, do que resulta uma imperiosa compreensão concreta, e não semântica, de norma.

Postas essas premissas, ainda com recurso à criticada metodologia tradicional, tem-se que o marco teórico desta dissertação é a hermenêutica fenomenológica, com esteio na ontofenomenologia de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Por marco teórico, são entendidas as compreensões iniciais que orientam a mirada para um problema de pesquisa, o que, de modo algum, significa o exclusivismo ou a suficiência desses pontos de partida para o trato da matéria apreciada.

Sobreleva ressaltar, ainda, que a pesquisa relatada perfilha deliberadamente o pluralismo metodológico. O método não é aqui concebido no sentido da filosofia moderna, isto é, como habitáculo da verdade, mas como caminho auxiliar e derivado em sua mostração. Logo, há de ser forçosamente guiado pelo problema, e não o contrário, fato determinante da adoção de uma pluralidade de visadas metodológicas, conforme oriente a concretude problemática considerada.

Dito isso, a teoria dos direitos fundamentais sociais abraçada nesta dissertação parte de três pedras de toque: (a) a teoria normativo-estruturante de Friedrich Müller; (b) a concepção dos direitos fundamentais como trunfos, desenvolvida por Ronald Dworkin; (c) a sistematização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais elaborada pela teoria pluridimensional de Peter Häberle.

Nesse sentido, as teses basilares que aqui se pretende sedimentar como respostas ao problema proposto são as seguintes: (a) a reserva do possível, nos moldes em que apreendida pela doutrina pátria, corporificou o perdimento de sua relação originária com a coisa discursivamente referida, a saber, os direitos fundamentais sociais; (b) precitada perda

decorreu de sua decaída no falatório neoliberal, que encontrou no mencionado *topos* uma ferramenta utensiliar para obstar eristicamente a efetividade dos direitos prestacionais; (c) por sua ausência de fundamento normativo, a reserva do possível não pode, *per se*, arrazoar o afastamento de uma norma definidora de direito social; (d) o processo de concretização dos direitos prestacionais compreende o traçado *in concreto* dos limites imanentes do conteúdo essencial de tais normas, a considerar, forçosamente, os nexos sistemáticos havidos com os demais direitos constitucionais, ante a historicidade-lingüística desvelada na atualidade da *applicatio*; (e) nenhum argumento pragmático, despido de fundamento constitucional, pode subsidiar o afastamento de um direito fundamental social.

Ante a perspectiva hermenêutica adotada por este trabalho, impossível não tecer brevíssimo esclarecimento sobre a posição prévia (*vorhabe*) da qual parte seu autor. A dissertação em tela repudia o liberalismo econômico e, mais precisamente, o neoliberalismo, o qual reputa frontalmente contrário à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). A ancoragem da vigente ordem jurídica na dignidade da pessoa humana determina que o Estado deve prover a todos condições existenciais dignas sob a forma das prestações positivas explícita ou implicitamente dessumidas dos direitos sociais constitucionalmente previstos, normas autoaplicáveis e imediatamente sindicáveis judicialmente, cuja máxima efetividade deve ser forçosamente garantida pelo intérprete-aplicador. Em suma: os fins da ordem jurídica e do Estado são a pessoa humana e sua existência digna, posta acima de qualquer arrazoado economicista ou pragmático.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a sumarizar o itinerário percorrido pelo presente trabalho. Nos capítulos 2 e 3, são expostas a ontofenomenologia de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, marcos teóricos deste estudo. Em ambas as passagens, busca-se apresentar as implicações dos achados da fenomenologia hermenêutica para a aplicação do Direito, bem assim explicitar suas conexões com o problema enfrentado pelo presente trabalho. Fundamenta-se ainda a impositividade constitucional da observância dos consectários da hermenêutica fenomenológica na aplicação do Direito brasileiro, não se tratando, sob a ótica desta dissertação, de mera opção teórica.

Por seu turno, o capítulo 4 discute o construtivismo jurídico de Ronald Dworkin. A abordagem referenciada tem como propósito primeiro a dilucidação da concepção de direitos fundamentais como trunfos, resistentes aos argumentos pragmáticos e de política (*policies*), nestes últimos abarcadas as supostas restrições orçamentárias impostas pela reserva do possível à brasileira. Em segundo lugar, a apropriação do pensamento dworkiniano tem por

escopo a fundamentação da tese da resposta hermeneuticamente adequada, perfilhada por este estudo, a qual impõe um dever de intencionalidade normativa ao intérprete constitucional.

A seguir, os capítulos 5 e 6 compendiam a teoria dos direitos fundamentais sociais encampada pela presente dissertação. A teoria normativa estruturante de Friedrich Müller e o pluridimensionalismo jusfundamental de Peter Häberle são harmonizados a fim de sedimentar a concepção da aplicação dos direitos sociais como um processo de concretização constitucional, no qual o conteúdo essencial dessas normas é desvelado apenas diante da atualidade aplicativa presentificada, adotada a tese dos limites imanentes e rechaçada a técnica da ponderação.

A dogmática tradicional dos direitos sociais e os óbices relacionados à eficácia, exigibilidade e justiciabilidade dessas normas são compulsados no capítulo 7. Ato contínuo, o capítulo 8 busca o reenraizamento historial da reserva do possível, desentulhando o solo histórico no qual o mencionado *topos* foi esculpido, a saber, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. No capítulo 9, a dissertação explana o movimento de recepção da reserva do possível pela doutrina constitucional brasileira, sistematizando os principais posicionamentos sobre ela elaborados. Por fim, o capítulo 10 objetiva esboçar as (in)conclusões da pesquisa relatada, firmando as teses sumarizadas no nono parágrafo desta introdução.

Algumas advertências não de ser feitas, porém. Não há prolegômenos na presente dissertação. Isto é, os capítulos respeitantes à hermenêutica fenomenológica e à teoria dos direitos fundamentais contêm em si as conclusões finalmente explicitadas sobre a reserva do possível. Não corporificam, portanto, digressões diversionistas ou meras considerações introdutórias. As concepções neles sedimentadas devem ser pressupostas na análise de toda a dissertação, constituindo, portanto, seu núcleo, e não seu apêndice. Por fim, o estudo ora apresentado não tem a pretensão de elaborar um modelo aplicativo abstrato dos direitos fundamentais sociais, o que afrontaria o paradigma hermenêutico adotado e a concepção concretista de norma dele decorrente. A finalidade precípua deste trabalho é, em poucas palavras, a desobstrução da mostraçã *in concreto* do ser dos direitos fundamentais sociais, embaraçada pelo *topos* brasileiro da reserva do possível.

2 A ONTOFENOMENOLOGIA DE MARTIN HEIDEGGER E O DIREITO

A análise do pensamento heideggeriano doravante empreendida cinge-se aos construtos basilares para a aclaração da hermenêutica fenomenológica, especialmente tendo em mira o revolvimento do solo a partir do qual foi edificada a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, minudenciada no capítulo seguinte. Não se pretende, portanto, enfeixar exposição exaustiva da obra de Martin Heidegger, tarefa que escapa ao âmbito de investigação deste trabalho.

Assim, empreender-se-á análise parcial dos principais achados hermenêuticos constantes de “Ser e Tempo”, apenas em suas dimensões essenciais para a interpelação do problema enfrentado por esta pesquisa, encartando-se, ao final do capítulo, breve sumarização das consequências jurídicas da mirada descerrada pelo pensamento heideggeriano. Referida exposição, por isso mesmo, não almeja ser linear, tampouco assimilar-se a um ensaio de história da filosofia. O caráter fractal das ulteriores reflexões dirige-se à exposição das estruturas existenciais imprescindíveis à interrogação anteriormente proposta.

2.1 O projeto de uma ontologia fundamental em “Ser e Tempo”

Heidegger encampa como projeto estruturante de suas lucubrações em “Ser e Tempo” a perscrutação de uma ontologia fundamental. Com isso, quer-se dizer da questionabilidade do ser enquanto tal, da possibilidade da pergunta pelo ser. Referida indagação remanesceu velada pela metafísica ocidental, soterrada na ontologia da presença constante das filosofias aristotélica e platônica, além de dispersa nas ontologias regionalizadas reportáveis à coisidade dos entes intramundanos.¹

Com efeito, Heidegger observa que a metafísica ocidental opera, a partir de Platão e Aristóteles, a entificação do ser. A qualificação do ser como substância, isto é, como aquilo que é sempre, conduz à primazia do saber teórico perante o saber prático, redundando, enfim, no deslocamento da verdade para a proposição.² A verdade é concebida, então, como a atribuição de propriedades quidativas a determinados entes, expressa na adequação entre o intelecto e a coisa (*adaequatio rei et intellectus*). O modelo apresentacional ou predicativo

¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: UNICAMP; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 33-39.

² CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 64.

cristaliza-se assim como concepção soberana e única da verdade, em determinação da medida ontológica da presença constante.³

Nesse diapasão, para a persecução do sentido originário do ser, e a conseguinte liberação da verdade, Heidegger observa que a pergunta sobre o ser enquanto tal deve partir da analítica existencial do ente privilegiado que se singulariza precisamente por indagar-se acerca do ser: o ser-aí (*Dasein*).⁴ Modo de ser-no-mundo do humano, este é contemplado por Heidegger como pastor do ser, desde já e sempre lançado no mundo, imerso na facticidade da qual não se pode desvencilhar. Ora, se a indagação sobre o ser deve partir do ser-aí e este é já sempre “no mundo”, a ontologia fundamental somente pode estruturar-se como fenomenologia, na medida em que toda investigação quididativa será sempre derivativa e tardia ante a originariedade da facticidade, antecedente a toda esquematização de sujeito e objeto.⁵

Desta feita, a compreensão da ontologia fundamental como fenomenologia, e desta como operada pela hermenêutica da facticidade, aparta Heidegger da fenomenologia husserliana, a qual, em sua redução eidética, pretendia alcançar uma ciência rigorosa das coisas mesmas, transcendente à experiência histórica, pretensamente suprimida na universalidade do intelecto. Lado outro, Husserl mirava as coisas mesmas com espeque na consciência doadora de sentido, em cujo ego solipsista tinha sede a redução fenomenológica predicativamente formulada.⁶

Diversamente de seu mestre, Heidegger propõe uma fenomenologia hermenêutica, desiderato que se clarifica em sua significância com o recobrimento radical da tradição evocada pelo vocábulo fenomenologia. *Phainomenon*, em grego, remete significativamente à expressão “mostrar-se à luz”, ao passo que *logos* refere-se à palavra, à fala. Disso decorre que a fenomenologia corporifica a mostraçãõ do ser dos entes que vem à fala, clareados pela mirada interpeladora do ser-aí.⁷ Busca-se, portanto, o permitir que as coisas se mostrem por si mesmas, o que se distancia da redução husserliana, encetada na consciência solitária. A fenomenologia heideggeriana é, por isso mesmo, fenomenologia enraizada, precisamente

³ HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência da verdade*. Tradução de Ernildo Stein. In: “Coleção ‘Os Pensadores’” (vol. XIV). São Paulo: Abril Cultural, 1999, p. 158.

⁴ HEIDEGGER, 2012, p. 73.

⁵ FREDE, Dorothea. The question of being: Heidegger’s project. In: GUIGNON, Charles (Org.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 55.

⁶ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A fenomenologia e a hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Vale Ferreira, 2007, p. 23.

⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 133.

porque a compreensão sempre e já é no mundo, posto o ser-aí como nexos de confluência entre a ontologia fundamental e a hermenêutica da facticidade. A esse respeito, esclarece Megale:

Heidegger fez da *epoché* instrumento para se estabelecer parênteses, ao modo da redução fenomenológica, com o objetivo de permitir que o objeto da compreensão se revele por meio do *logos*. Pode-se afirmar, então, ser onto-fenomenológica a linha Hermenêutica deflagrada em *Ser e tempo*. Nesta obra, a fenomenologia exerce papel fundamental na construção ontológica de Heidegger para deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo (HEIDEGGER, 1993, p.65). O seu papel é o de desocultar o ser. Daí a sua função hermenêutica. O objeto buscado pela fenomenologia, na ontologia heideggeriana, não é a essência (Husserl), mas o ser do *Dasein*. Não é também outrem (Dilthey). Na sua exposição sobre o ser, Heidegger, ao deixar evidenciado que não há ser fora de um ente e que não existe ente sem ser, afirma que o ente do ser que se quer revelado é o *Dasein*. E o ser revela-se como existência.⁸

Logo, se a analítica existencial do ser-aí figura como passo intermediário destinado à lucubração da ontologia fundamental em “Ser e Tempo”, o mesmo não se passa para o desiderato hermenêutico encampado por este trabalho. O desvelamento da estrutura da compreensão e de seu caráter ontológico é, precisamente, o núcleo do pensamento heideggeriano a ser contemplado para a reflexão problemática ora empreendida.

2.2 Introdução à analítica existencial do *Dasein*

O *Dasein* configura-se inicialmente como negatividade originária absoluta, despida de propriedades quiddativas que o definam. Contudo, ao mesmo tempo em que radicalmente é nada, o ser-aí apresenta-se como ek-sistente, lançado desde seu instante mais originário no mundo que é o dele. Assim, de poder-ser radicalmente ilimitado, ao projetar-se na facticidade, o ser-aí se determina segundo os campos de sentido sedimentados historicamente, cujas calcificações constituem a semântica prescritiva do cotidiano. Porquanto ser-no-mundo desde já e sempre, a negatividade originária tem seu poder-ser delimitado pela finitude histórica constitutiva do mundo para o qual se abre.⁹

Destarte, a existência do *Dasein* precede sua essência, consistente em seu ter-de-ser. Não há como deixar de concretizar suas possibilidades existenciárias. O *Dasein*, sendo, inevitavelmente coloca em jogo seu ser, deseje ou não, esteja ou não consciente disso.¹⁰ Seu modo de ser-cada-vez-meu já sempre foi decidido de alguma forma. É impossível, pois,

⁸ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Introdução à ontologia heideggeriana e ao meio ambiente: abertura do ser para o infinito da existência com o outro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 99-B, n. 09, p. 209-227, jul-dez, 2009, p. 210-211.

⁹ HEIDEGGER, 2012, p. 139.

¹⁰ *Ibidem*, p. 141.

pensar o ser-aí a não ser na chave singular, dado seu caráter de ser-cada-vez-meu. O *Dasein* se determina a partir de suas relações. Não se pode defini-lo como um ente dotado de propriedades, ou pretender apreendê-lo como objeto.¹¹ Nesse sentido, ensina Megale sobre o ser-aí:

Ele compreende a si mesmo a partir da existência, entendida esta não como uma existência determinada, mas como possibilidade, isto é, o poder-ser-si mesmo do *Dasein*. É próprio do *Dasein* não formar um todo acabado. Isto é certo uma vez que na sua temporalidade e no seu estar sendo, que pressupõe uma imersão no mundo, o seu destino é a finitude.¹²

Diante de seu poder-ser originário, o *Dasein* traz em si a possibilidade de já sempre ter se perdido, mas, concomitantemente, à vista de sua radical negatividade, pode, a qualquer tempo, ganhar a si mesmo. Assim, a abertura do *Dasein* para o mundo, posta como dejeção, ao mesmo tempo em que pode condicionar o poder-ser antes ilimitado, em face da cotidianidade mundana, traz em si a potencialidade de reconquista das possibilidades originárias do ser-aí:

E, porque o *Dasein* é cada vez, essencialmente, sua possibilidade, esse ente em seu ser pode “se escolher”, pode ganhar a si mesmo ou pode se perder, isto é, nunca se ganhando ou só se ganhando “em aparência”. Ele só pode haver perdido ou ainda não se ter ganhado na medida em que ele tem a possibilidade de se apropriar de si. Os dois *modi-de-ser* da *propriedade* e da *impropriedade* – expressões terminológicas escolhidas no estrito sentido da palavra – fundam-se em que o *Dasein* é em geral determinado pelo ser-cada-vez-meu. Mas a impropriedade do *Dasein* não significa algo como ser “menor” ou um grau-de-ser “inferior”. Ao contrário, a impropriedade pode determinar o *Dasein* segundo sua mais completa concretização em suas ocupações, atividade, interesses e sua capacidade-de-gozar.¹³

Ao ser lançado no mundo, o *Dasein* insere-se em campos de sentido historicamente sedimentados, cujos elementos prescritivos cotidianos indicam como agir diante de cada situação existencial. Logo, em face de seu poder-ser radical, o *Dasein* não pode escapar à decisão sobre suas possibilidades existenciárias. No entanto, pode intentar desonerar-se da responsabilidade por seu ter-de-ser, entregando-se às orientações ditadas pela cotidianidade em meio à qual se acha, desde o início, lançado.¹⁴ Isto é, em vez de apropriar-se de suas possibilidades radicais de ser, o ser-aí absorve a determinação de seu poder-ser dos campos de

¹¹ HEIDEGGER, 2012, p. 145-147.

¹² MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001, p. 35.

¹³ HEIDEGGER, 2012, p. 141-143.

¹⁴ *Ibidem*, p. 145.

sentido previamente ditados pelo mundo histórica e linguisticamente constituído, em modo de ser que Heidegger define como impropriedade.¹⁵

A díade propriedade/impropriedade, no entanto, não retrata um juízo de desvalor sobre a entrega à semântica prescritiva do cotidiano. Com efeito, seria absolutamente caótica a existência sem os indicadores prescritivos ofertados pela mundidade. Por meio dos campos de sentido historicamente sedimentados, o *Dasein* pode se orientar, encontrando nas redes referenciais de uso caminhos significativos para a determinidade do seu poder-ser.¹⁶

Nada obstante, a impropriedade e, mesmo que modulada, a imersão originária na facticidade acarretam sérios problemas noutras searas. Em primeiro lugar, a concepção moderna de liberdade resta afastada. Demais disso, a própria pensabilidade da liberdade é atingida, ante a inexorabilidade do ser-no-mundo. Exsurge a indagação sobre como alcançar o existir livre em meio a inevitabilidade do estar desde sempre lançado em campos historicamente sedimentados que condicionam o poder-ser humano.¹⁷

Por outro giro, a atitude científica, em sua acepção até então vigente, resulta severamente implicada. Como se pensar em ciência diante da influência inevitável da cotidianidade em todo pensar, em face da invisibilizada subjacência em todo discurso das condicionantes impostas pelos campos de sentido da facticidade mundana?

Analogamente, as possibilidades de rupturas históricas e de alterações estruturais no mundo também evocam indagações. Inquire-se sobre como romper ou, ao menos, modular a semântica prescritiva do cotidiano, de sorte a propiciar algo como uma mudança histórica, ante a falência dos conceitos modernos de progresso e evolução.

A decadência do ser-aí no falatório do impessoal acontece como tentativa de fuga da responsabilidade por seu poder-ser. No entanto, mesmo a desoneração do *Dasein* pela absorção impensada dos campos significativos da cotidianidade mediana deriva da existencialidade do ser-aí, porquanto determinação decidida de seu poder-ser potenciada à reconquista originária, com a descalcificação das redes utensiliares de sentido e o aparecimento da nadidade de seu poder-ser mais próprio. A esse respeito, disserta Martin Heidegger:

Mas não se deve tomar a cotidianidade mediana do *Dasein* como se fosse um mero “aspecto” seu. Nessa cotidianidade, mesmo no *modus* da impropriedade, também reside *a priori* a estrutura da existencialidade. Também nela o ser do *Dasein* de um modo determinado está em jogo, em relação ao qual este se comporta no *modus* da

¹⁵ HEIDEGGER, 2012, p. 365.

¹⁶ Ibidem, p. 471.

¹⁷ CASANOVA, 2013, p. 114.

cotidianidade mediana, mesmo que seja somente no *modus* da fuga diante desse ser e do esquecimento desse ser. Entretanto, a explicação do *Dasein* na sua cotidianidade mediana não fornece somente algo assim como estruturas medianas, no sentido de indeterminidade evanescente. O que é onticamente no modo da mediania pode ser muito bem ontologicamente apreendido em suas estruturas bem determinadas, as quais não são estruturalmente diferentes das determinações ontológicas de um ser *próprio* do *Dasein*.¹⁸

Nisso se assenta a noção heideggeriana de cuidado. Não há como ser sem, de um modo ou de outro, decidir quem se é, ainda que com fulcro em desoneração imprópria na cotidianidade mediana. Impossível, pelas mesmas razões, a persistência da dicotomia entre teoria e práxis. Todo pensar, porquanto determinação ontológica do *Dasein*, coloca em jogo o ser e, desta feita, é cuidado.

Não se pode, outrossim, pensar o *Dasein* à luz das categorias da metafísica tradicional, elaboradas com esteio na medida ontológica da presença constante, e tendo em vista o conceito de substância. Tal foi o equívoco no qual se enredou a filosofia ocidental, conforme se vislumbra, exemplificativamente, na concepção do sujeito transcendental kantiano.¹⁹ O *Dasein* somente pode ser compreendido a partir de seus existenciários, ou existenciais, designação contraposta à ideia de categoria e que se assenta na negatividade originária como poder-ser, traço distintivo a singularizar o ente privilegiado capaz de formular a pergunta sobre o ser.

As categorias apenas se prestam à compreensão dos entes intramundanos em geral, correspondendo à pergunta “o que”, ao passo que os existenciais, referidos ao *Dasein*, concernem à indagação “quem”. Noutros termos, o que Heidegger desvela é que a metafísica ocidental esteve por milênios a dirigir as perguntas erradas (que) ao ente privilegiado que é o *Dasein*, interrogando-o como se utensílio fosse, fato conducente ao esquecimento do ser e ao enclausuramento da questão da verdade. Nesse diapasão, pontifica o professor de Freiburg:

Todas as explicações que surgem da analítica do *Dasein* são conquistadas em referência a sua estrutura-da-existência. E, porque elas são determinadas a partir da existenciariedade, denominamos *existenciários* esses caracteres-de-ser do *Dasein*. Eles devem ser rigorosamente separados das determinações-de-ser do ente que não é conforme o *Dasein* e que chamamos de *categorias*. [...] Existenciários e categorias são as duas possibilidades fundamentais de caracteres-do-ser. O ente que cada vez a eles corresponde exige que o interroguem primariamente cada vez de modo diverso: ente como um *quem* (Existência) ou como um *que* (subsistência, no sentido mais amplo). Somente se poderá tratar da conexão de ambos os *modi* de caracteres-do-ser quando esteja esclarecido o horizonte da questão-do-ser.²⁰

¹⁸ HEIDEGGER, 2012, p. 145.

¹⁹ Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 395.

²⁰ HEIDEGGER, 2012, p. 147.

O ofuscamento da questão do ser deflui, em grande medida, da absorção do ser-aí nos campos de uso sedimentados, os quais se constituem pela lógica utensiliar dos entes intramundanos em geral. O poder-ser do *Dasein* é determinado, na maioria das vezes, pelos utensílios presentes à vista, que vem imediatamente ao seu encontro no mundo circunvizinho, e dos quais se ocupa em sua lida diária. Desta feita, com o decaimento na utensiliaridade, o *Dasein* passa a se relacionar consigo e com o mundo por intermédio das categorias subsistentes peculiares àquelas esferas, esquivando-se de seu poder-ser mais próprio.²¹ A aparente tranquilidade ofertada pelas orientações previamente ditadas pelos campos de uso conduz à lida com sua existência como um para-quê, convertendo todo pensar em cogitação instrumental, precisamente porque é assim o modo de ser da ocupação com os entes intramundanos em geral.

Desse decaimento não escapam a Filosofia, a Ciência e, tampouco, o Direito. O pensar instrumental espraia-se por essas searas, resultando do obscurecimento da questão do ser na análise categorial meramente subsistente. A existencialidade do *Dasein* é nivelada na obviedade dos campos de uso, em cuja absorção cotidiana o poder-ser queda constrangido pelo circunvizinho, curvando-se à ditadura do impessoal.

2.3 A virada hermenêutica heideggeriana: a estrutura da compreensão como existencial originário do *Dasein*

A abertura existencial para o mundo descrita por Martin Heidegger na analítica do *Dasein* encontra na estrutura prévia da compreensão seu assento ontológico. Noutros termos, a tese central desenvolvida por Heidegger a partir do parágrafo 31 de Ser e Tempo é a de que os seres-aí habitam um mundo articulado e constituído linguisticamente, no qual tudo o que aparece já foi compreendido de uma forma ou de outra. A compreensão assoma, pois, como o modo de ser central da existência humana.²² O *Dasein* existe compreendendo, porquanto é na compreensão que projeta suas possibilidades existenciárias. Não se trata de uma escolha ou da resultante de um processo, tais são apenas formas derivadas de compreensão. O *Dasein* já sempre se compreendeu e se mal compreendeu.²³

²¹ HEIDEGGER, 2012, p. 221 et. seq.

²² MACDOWELL, João Augusto A. Amazonas. *A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger: ensaio de caracterização do modo de pensar de sein und zeit*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 180.

²³ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucis, 1996, p. 45.

Com efeito, diversamente do modelo subjetivo-objetivista de pensamento, reinante na filosofia até então, o paradigma hermenêutico proposto por Heidegger concebe o mundo não como totalidade de entes objetivamente dispostos, mas como totalidade significativa, isto é, rede de significados que estrutura a compreensão do ser-aí sobre ele mesmo e acerca de tudo que possa se mostrar no interior desse mundo. A concepção solipsista do mundo como totalidade de entes constituídos na consciência do sujeito, apregoada pela filosofia moderna, cede espaço, no pensamento heideggeriano, ao seu entendimento como significatividade intersubjetivamente compartilhada, caracterizando-se como mundo-com, o qual precede os seres-aí individuais.²⁴ Assim, há que se contemplar a existência em sua originariedade, em autoconhecimento do *Dasein* denominado por Heidegger de transparência, por obra da qual se logra a tomada de consciência da plena abertura do estar-no-mundo e do ser-com, alcançando-se seus momentos estruturais constitutivos.²⁵

Nesse sentido, o modelo enunciativo de verdade é tardio ante o incessante acontecer originário da compreensão, não captando, portanto, a essência do fenômeno veritativo, radicada na mostraçã.²⁶ A compreensão antecede o conhecimento, este último a consubstanciar uma forma derivada de predicação de propriedades a determinados entes.²⁷ Muito antes de se dirigir metodologicamente ao ente que pretende predicar como objeto, o *Dasein* já o compreendeu na projeção das possibilidades significativas de seu mundo. Há que se refundar, portanto, a filosofia sobre a hermenêutica, deslocando esta para o cerne, outrora ocupado pelo problema tardio do conhecimento:

Ao mostrar como toda visão se funda primariamente no entender [na compreensão] – o ver-ao-redor do ocupar-se é o entender [a compreensão] como entendibilidade [compreensibilidade] – suprimiu-se a precedência do puro intuir, que corresponde noeticamente à tradicional primazia ontológica do subsistente. “Intuição” e “pensar” são ambos derivados já distantes do entender [da compreensão]. Também a fenomenológica “visão de essência” se funda no entender [na compreensão] existenciário. Em relação a essa espécie de ver deve-se decidir primeiramente sobre como se obtêm os conceitos expressos de ser e de estrutura-de-ser, os únicos que podem ser fenômenos em sentido fenomenológico.²⁸

O enunciado é sempre derivado em face do ser da compreensão. A totalidade referencial já se fez compreendida antes de expressar-se na proposição. Do contrário, não se

²⁴ LAFONT, Cristina. Hermeneutics. In: DREYFUS, Hubert L.; WRATHALL, Mark A (Orgs.). *A companion to Heidegger*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005, p. 270.

²⁵ HEIDEGGER, 2012, p. 417.

²⁶ HEIDEGGER, 1973, p. 170.

²⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999, p. 167-168.

²⁸ HEIDEGGER, 2012, p. 419.

encontraria algo expressável a ser predicativamente tematizado.²⁹ Martin Heidegger suporta essa asserção em observância à compreensibilidade dos entes intramundanos em geral. De saída, estes já são compreendidos pelo *Dasein* no interior de totalidades referenciais de sentido que determinam o para-quê utensiliar ao qual se prestam. Não se contempla objetivamente o utensílio a partir de uma perspectiva neutra, atribuindo-lhe propriedades para, finalmente, conhecê-lo.³⁰ Desde o princípio, o utensílio é mirado como tal no campo de uso em que se insere, sendo sua apreensão fractal, decomponível em propriedades, momento atrasado ante a compreensão que já o mostrou em sua inteireza fenomênica.

A verdade como desvelamento consiste na mostraçã das possibilidades existenciárias ocultadas no interpretado. Precede o descobrimento de propriedades, este desenraizado do solo histórico de sua procedência, cuja consideração exclusivista obsta o acontecimento da verdade, asfixiando o poder-ser que se quer concretizado na compreensão. Compreender é projetar possibilidades no pano de fundo da significatividade mundana, apropriando-se dessas possibilidades pela interpretação, eis que o *Dasein*, porquanto ser compreensivo, é o seu aí. Logo, o conhecimento predicativo propugnado pela filosofia da consciência afasta-se da verdade ao identificá-la com o simplesmente dado, haurido da esquematização sujeito-objeto, incapaz de liberar as possibilidades que se querem desveladas na linguagem.³¹

Dito isso, constatada a existencialidade originária da compreensão, tem-se que esta, ao contrário do que propalava a hermenêutica tradicional, não expressa o resultado da interpretação. Aqui, Martin Heidegger opera mais do que uma inversão dos dois termos: a interpretação é a elaboração de uma compreensão que está sempre a se projetar.³² Por meio da interpretação, o *Dasein* se apropria discursivamente das possibilidades projetadas no existencial da compreensão, trazendo-as a lume da consciência. Como leciona Megale, “só interpretamos o que compreendemos previamente, conforme nossa faticidade, isto é, como ser no mundo, já circunscritos por objetos, vivendo em determinado estado de conexão com os outros.”³³ É a interpretação que se funda existencialmente no compreender, e não este que acontece por meio daquela:

O *Dasein* como entender [compreender] projeta seu ser em possibilidades. Esse entendedor [compreendedor] *ser para possibilidades* é ele mesmo um poder-ser, pelo efeito contrário que as possibilidades como abertas têm sobre o *Dasein*. O projetar do entender [compreender] tem uma possibilidade própria de

²⁹ HEIDEGGER, 2012, p. 423.

³⁰ Ibidem, p. 425.

³¹ LAFONT, 2005, p. 279-280.

³² HEIDEGGER, 2012, p. 421-423.

³³ MEGALE, 2001, p. 35.

desenvolvimento. Chamamos *interpretação* o desenvolvimento do entender [compreender]. Na interpretação, o entender [compreender], entendendo [compreendendo], apropria-se do seu entendido [compreendido]. Na interpretação, o entender [compreender] não se torna algo diverso, mas torna-se ele mesmo. A interpretação se funda existencialmente no entender [compreender] e este não surge dela. A interpretação não consiste em tomar conhecimento do entendido [compreendido], mas em elaborar possibilidades projetadas no entender [compreender].³⁴

Não se trata a interpretação de ato predicativo. O interpretado já sempre aparece como possibilidade inserida em uma totalidade referencial aberta pela incessante compreensão do mundo, afigurando-se como existencial, e não como ato de escolha.³⁵ Assim também, a norma jurídica se mostra ao intérprete desde o início como aplicada à facticidade normatizada. Daí porque o método jurídico da subsunção, em sua acepção clássica, é atrasado e predicativo, incorrendo em falácia insuperável, ao conceber o Direito como o desdobramento de enunciados abstratos, filologicamente acessados, aos fatos deles apartados.

Quando elucidada a compreensão como projeção de possibilidades existenciais, Martin Heidegger afasta duas considerações equivocadas sobre seu acontecer. Em primeiro lugar, as possibilidades compreensivas não podem ser pensadas como escolhas livres e espontâneas, encartadas por algo como o livre-arbítrio humano. Por essa razão, referidas possibilidades são projetadas, e não escolhidas.³⁶ Com o uso do termo “projeção”, tem-se em vista, fundamentalmente, dois fenômenos. Por primeiro, todo projetar se dá em um contexto de significatividade mundana, que limita e condiciona concretamente as possibilidades compreensivas. Em segundo lugar, nada pode aparecer significativamente ao *Dasein* se não o interpelar de algum modo em seu existir, de sorte que, ao compreender, o ser-aí também projeta seu ser sobre o compreendido.³⁷

Por razões análogas, nem a projeção das possibilidades existenciais do ser-aí, tampouco a compreensão como seu modo de ser originário, se passam como um simples arrazoamento de prós e contras conducente a determinada decisão. Imerso na facticidade de seu existir mundano, não há como situar-se acima de seu aí para proceder de semelhante maneira, sempre derivativa diante da compreensão que já aconteceu. Não existe posição neutra possível, muito menos grau zero de sentido, que permitam um mister interpretativo pensado de modo puramente lógico-formal, como parecem tencionar algumas teorias

³⁴ HEIDEGGER, 2012, p. 423.

³⁵ HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn. In: GUIGNON, Charles (Org.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 179.

³⁶ HEIDEGGER, 2012, p. 883-887.

³⁷ HOY, 1993, p. 180.

argumentativas da contemporaneidade. A esse respeito, esclarecedores os comentários de David Couzens Hoy:

O propósito central da abordagem heideggeriana da compreensão é o de mostrar a inerência do *Dasein* ao seu mundo, o que quer dizer que ele não é um espírito flutuante capaz de transcender sua situação material. Como uma projeção, o *Dasein* se encontra lançado em um mundo, e se acha como já projetado ou lançado em uma situação com possibilidades concretas. Possibilidades que são concretas (ou definidas, *bestimmte*) diferem de possibilidades puramente lógicas pelo fato de que já surgem com limitações concretas. Deste modo, Heidegger trata dessas limitações como a “facticidade” do *Dasein*, em contraposição a outra espécie de substrato fático por ele denominada de “factualidade”.³⁸

A compreensão envolve sempre a projeção holística de um contexto no qual possibilidades particulares se tornam inicialmente compreensíveis. Grande parte daquilo que se compreende permanece, portanto, velado. Com isso, Heidegger não quer dizer, como Sartre, que todas as operações reflexivas, como a deliberação racional, não passam de uma procrastinação do agir já decidido, sendo, pois, inócuas.³⁹ A grande questão reside em não desconsiderar que mencionadas reflexões somente se tornam possíveis em razão de uma totalidade significativa prévia que nunca pode ser completamente tematizada.⁴⁰ Ignorá-lo é incorrer em mal-entendido sobre aquilo que se é, impedindo a adequada apropriação compreensiva das possibilidades existenciais descortinadas no mundo. Nesse sentido, deve ser entendida a máxima “torna-te quem tu és”, dotada de um peculiar significado na obra heideggeriana, conquanto popularizada por Nietzsche.⁴¹

Embora a conclamação para que alguém se torne aquilo que é se afigure, à primeira vista, paradoxal, precitada asserção reveste-se de pleno significado diante do ser do ente privilegiado que é o *Dasein*. Isso porque o *Dasein* sempre corre o risco de tornar-se aquilo que ele não é, passando a mal-compreender sua existência a partir de estruturas pertinentes aos entes intramundanos em geral, esquecendo-se de seu ser no engodo da presença constante do puro ente. Perde de vista, assim, suas possibilidades existenciais, desconectando-se de si mesmo ao falhar na apropriação daquilo que ele é e pode ser.⁴²

³⁸ HOY, 1993, p. 179, tradução nossa.

³⁹ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigo. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 556-557.

⁴⁰ HEIDEGGER, 2012, p. 257-259.

⁴¹ Cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo*: Como alguém se torna o que é. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 48.

⁴² HEIDEGGER, 2012, p. 373.

2.4 O círculo hermenêutico e sua transparência na interpretação

A adequada elaboração da compreensão na interpretação reclama o desvelamento de sua pré-estrutura, de molde a aclarar a situação hermenêutica na qual o projeto compreensivo sempre ocorre. Conforme observa Martin Heidegger, toda interpretação se funda, necessariamente, em uma posição prévia, uma visão prévia e uma concepção prévia, cabendo ao intérprete transparecer esses três níveis, concomitantes e ontologicamente indivisíveis, a fim de se apropriar a contento de sua situação hermenêutica.⁴³

Por posição prévia, Heidegger refere-se à totalidade significativa pressuposta que sempre orienta a compreensão das coisas, condicionando suas possibilidades significativas concretas. Com o termo visão prévia, quer-se referir ao ponto de vista que fixa o modo pelo qual as coisas podem aparecer. Nas palavras de Heidegger, a visão prévia “[...] recorta no ter-prévio aquilo que fica sujeito a uma determinada interpretação.”⁴⁴ Por outro giro, a concepção prévia corresponde à conceituação do ente compreendido, cuja pressuposição pode aflorar de sua mostração, ou, de forma viciada, decorrer da imposição ao ente de conceitos inadequados ao seu modo de ser. Nessas razões, curial se revela a conscientização do intérprete sobre a estrutura prévia da compreensão a partir da qual sua abertura existencial se perfaz.⁴⁵ Sem a adequada elaboração da situação hermenêutica, consistente na apropriação interpretativa dos três níveis antes mencionados, corre-se o risco de o intérprete, acreditando ter compreendido adequadamente a coisa, ter, ao revés, imposto arbitrariamente suas opiniões sobre ela, instalando o mal-entendido, como assevera Heidegger:

A interpretação nunca é uma apreensão sem pressupostos de algo previamente dado [*eines Vorgegebenen*, de um já-dado]. Quando a concretização particular da interpretação, no sentido da interpretação exata de texto, apela de bom grado para o que de imediato “está-aí”, o que está aí de imediato nada mais é do que a indiscutida, e que-se-entende-por-si-mesma, opinião-prévia do intérprete, que ocorre necessariamente em todo princípio-de-interpretação como aquilo que já é “posto” com a interpretação em geral, isto é, já é previamente dado no ter-prévio, no ver-prévio e no conceito-prévio.⁴⁶

Logo, a apropriada interpelação da coisa é imprescindível para o acontecimento da interpretação adequada, evitando o perigo antes exposto. Assim, leciona Maria Helena Megale:

⁴³ HEIDEGGER, 2012, p. 425-427.

⁴⁴ Ibidem, p. 427.

⁴⁵ GRONDIN, 1999, p. 165.

⁴⁶ HEIDEGGER, 2012, p. 427.

Do poder interpelatório do sujeito dependerá o êxito da interpretação, sabido que aquele depende da pressuposição hermenêutica. Esta é o que se apresenta de modo inexorável em todo processo de interpretação, o qual jamais ocorre sem a apreensão de um dado preliminar. A ocorrência de qualquer compreensão não é isenta de pressuposição hermenêutica, ou seja, de pré-compreensão.⁴⁷

Do fato de que toda interpretação já deve ter compreendido aquilo que se põe a interpretar, o que se deduz da estrutura prévia compreensiva antes caracterizada, resulta que o processo hermenêutico ostenta natureza circular. O círculo hermenêutico, contudo, ao contrário do que a lógica formal preconiza, não é um círculo vicioso. Tampouco implica a aceitação de que as ciências do espírito devam se contentar com um conhecimento menos rigoroso, mesmo porque, dada sua natureza ontológica, e não metodológica, a compreensão antecede a toda e qualquer ciência, posta sua existencialidade. Não se deve, portanto, intentar evitar o círculo hermenêutico, o que redundaria em indubitável malogro, mas cuidar para nele penetrar de modo correto, convertendo-o em virtuosa e produtiva possibilidade de compreensão, como preconiza Heidegger:

O decisivo não é sair do círculo, mas nele penetrar de modo correto. Esse círculo da compreensão não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existencial *estrutura-do-prévio* do *Dasein* ele mesmo. O círculo não deve ser degradado em *vitiosum* nem ser também somente tolerado. Nele se abriga uma possibilidade positiva de conhecimento o mais originário, possibilidade que só pode ser verdadeiramente efetivada de modo autêntico, se a interpretação entende que sua primeira, constante e última tarefa consiste em não deixar que o ter-prévio, o ver-prévio e o conceber-prévio lhe sejam dados por ocorrências e conceitos populares, mas em se assegurar do tema científico mediante sua elaboração a partir das coisas elas mesmas.⁴⁸

A elaboração da pressuposição hermenêutica diante das coisas elas mesmas, com a reprojeção dos preconceitos do intérprete diante da alteridade em mostra na clareira da linguagem, não ocorre fora do círculo hermenêutico, mas sempre em seu interior.⁴⁹ A apropriação das possibilidades compreensivas e sua reformulação diante do desvelamento da coisa mesma se passam na atualidade da situação hermenêutica vivenciada pelo intérprete, e é a partir dele que o desocultamento do ser da coisa vem à fala.

Daí porque a interpretação não pode se cingir ao nível apofântico, próprio ao enunciado, sob pena de deflagrar inevitável mal-entendido. Porquanto explicitação das possibilidades significativas projetadas pela compreensão, a interpretação adequada deve

⁴⁷ MEGALE, 2009, p. 215.

⁴⁸ HEIDEGGER, 2012, p. 433.

⁴⁹ HOY, 1993, p. 185.

forçosamente retroceder ao como hermenêutico, mais originário, apropriando-se das opiniões prévias subjacentes ao sentido que se quer desvelado.⁵⁰ Não se afasta, com isso, a relevância do plano enunciativo, mas se assenta que sua consideração somente pode ser produtiva se necessariamente enraizada no solo histórico da existência humana, compreensiva por excelência. Há que se desencobrir tudo aquilo que a proposição ocultou, em elaboração percuciente da situação hermenêutica atual, permitindo que o velado venha à fala. Do contrário, ter-se-á mera repetição acrítica do enunciado incompreendido, em falatório que cerra a possibilidade do adequado acontecimento compreensivo.

2.5 A decadência do *Dasein* na cotidianidade e a possibilidade de sua reconquista

De pronto e na maioria das vezes, o *Dasein* é absorvido na impessoalidade, sendo dominado pelos ditames da semântica prescritiva do cotidiano. Ante seu originário ser-lançado no mundo, o ser-aí manifesta uma tendência-de-ser na cotidianidade, existindo ordinariamente sob o império dos preconceitos historicamente sedimentados no mundo que é o dele.⁵¹ Não se descreve a mencionada decadência de modo pejorativo, conforme já se salientou, porquanto, no seu existir diuturno, o *Dasein* necessita dos indicadores ofertados pela mediania para se orientar.⁵²

O modo de ser constitutivo da compreensão e da interpretação na cotidianidade é, no mais das vezes, o do falatório. Por falatório, designa-se o estado interpretativo que, sedimentado na linguagem mediana, distribui as possibilidades do compreender do *Dasein* com base no já-dito pelos outros na publicidade do mundo.⁵³ Deveras, a consequência mais notória da comunicação mediana é que o discurso pode ser entendido sem que o ouvinte tenha que se postar em uma relação compreensiva originária com a coisa sobre a qual ele discorre. Justamente em razão da perda da relação apropriativa com o ser dos entes referidos na fala, a compreensão se converte em difusão e repetição do já discorrido.⁵⁴

A persistência da acrítica reverberação do falatório, na agudização de seu afastamento da situação compreensiva à qual indiretamente se refere, reveste-se cada vez mais de caráter autoritário na determinação do sentido impingido às coisas sobre as quais se discorre. Em decorrência desse desenraizamento, resta severamente obstada a mostraçãõ do ser da coisa,

⁵⁰ MEGALE, 2007, p. 55.

⁵¹ HEIDEGGER, 2012, p. 363-367.

⁵² Ibidem, p. 493.

⁵³ Ibidem, p. 473.

⁵⁴ Ibidem, p. 475.

cuja interrogação queda impossibilitada pelo apartamento do solo histórico cujo revolvimento é imprescindível à sua realização. Nestes termos, pondera Martin Heidegger:

E porque o discurso perdeu ou nunca conquistou a primária relação-de-ser com o ente de que discorre, não se comunica no modo da apropriação originária desse ente, mas pelo caminho de uma *difusão* e *repetição do discorrido*. O discorrido como tal atinge âmbitos cada vez mais amplos e assume caráter autoritário. A coisa é assim porque a-gente o diz. Nessa repetição e difusão por meio da qual a inicial falta-de-solo aumenta até atingir a total falta-de-solo, o falatório é constituído. Além disso, o falatório não se limita à repetição oral, mas se alastra pelo escrito como “escrevinhação”. A repetição desse discurso aqui não se funda somente no ouvir-dizer. Também se alimenta do lido por cima. O entendimento mediano do leitor *nunca pode* separar o que foi conquistado e alcançado originariamente do que é meramente repetido. Mais ainda: o entendimento mediano sequer há de querer fazer semelhante distinção, e dela não necessita, pois já entendeu tudo.⁵⁵

O falatório fornece ao ser-aí mediano a tranquilidade da aparente onicompreensão, sem a estranheza e o desconforto causados pelo ter-de-haver com as coisas.⁵⁶ Todo compreender é nivelado na mediania ofertada pelos campos preconceituais sedimentados, em reiteração inautêntica do já-dito, como se extrai da seguinte passagem de “Ser e Tempo”:

O falatório é a possibilidade de tudo entender sem uma prévia apropriação da coisa. O falatório já protege por antecipação contra o perigo de malograr em tal apropriação. O falatório, que qualquer um pode obter, não só dispensa da tarefa de um entendimento autêntico, mas desenvolve uma entendibilidade indiferente para a qual já nada está fechado. O discurso, que pertence à essencial constituição-de-ser do *Dasein* e de cuja abertura é coconstitutivo, tem a possibilidade de tornar-se falatório e, como este, não manter aberto o ser-no-mundo em um entendimento articulado, mas fechá-lo, encobrendo o ente do-interior-do-mundo, para o que não se exige uma intenção de iludir. O falatório não tem o modo-de-ser do *consciente dar algo como algo*. O sem solo ser-dito e ser-transmitido acaba fazendo que o abrir se converta em um fechar, pois o dito é sempre entendido de imediato como “dizendo algo”, isto é, como descobridor. Dessa maneira, *não retornando* ao fundamento daquilo sobre o que discorre, o falatório é sempre um fechamento a partir de si mesmo e conforme o próprio abandono. Esse fechamento se renova e cresce porque o falatório, na suposição de ter atingido o entendimento daquilo sobre o que discorre, impede, com fundamento nessa pretensão, toda nova interrogação e toda discussão, reprimindo-as e retardando-as de um modo peculiar.⁵⁷

A decadência do ser-aí no falatório reporta à originariedade de seu ser-lançado-no-mundo. Não há um *Dasein* intocado que se estabeleça primariamente em relação direta com a terra virgem de um mundo em si.⁵⁸ Toda possibilidade de recobrimento do existir autêntico somente pode arvorar-se a partir da cotidianidade na qual o ser aí se acha, no mais das vezes,

⁵⁵ HEIDEGGER, 2012, p. 475.

⁵⁶ Ibidem, p. 499.

⁵⁷ Ibidem, p. 477.

⁵⁸ Ibidem, loc. cit.

absorto.⁵⁹ A modulação e, de modo mais radical, a suspensão da semântica prescritiva do cotidiano principiam forçosamente com o enraizamento de sua existência na sedimentação que se fez oculta pelo já-dito, de cuja apropriação compreensiva originária depende, em momento posterior, a instalação de uma crise capaz de devolver a plasticidade a tais campos significativos, com a vivência da negatividade deflagrada pela tonalidade afetiva da angústia.⁶⁰

É bom que se saliente: a autenticidade, contraposta à inautenticidade da decadência no impessoal, não se verifica como uma flutuação sobre a cotidianidade, como se ela deixasse de incidir sobre o ser-aí, senão acontece, em verdade, como uma apreensão modificada de tal cotidianidade.⁶¹ O modo-de-ser da ocupação, decorrente da estrutura utensiliar cotidiana na qual o *Dasein* se acha imerso, converte-se em preocupação antepositiva, que franqueia a mostração das coisas no haver direto e originário com elas, em alumiamento do solo histórico do qual haviam sido desenraizadas.⁶² O impingir de sentido imediato do falatório cede espaço à estranheza angustiante que desafia os campos significativos cotidianos, luzindo a verdade velada nas coisas e obliterada pelas proposições autoevidentes.

Nos tópicos seguintes, passa-se a dissertar sobre algumas implicações dos desvelamentos da obra heideggeriana na compreensão do Direito contemporâneo, sempre com o fito de sedimentar as bases teóricas para a analítica do problema enfrentado pelo presente estudo.

2.6 Direito, utensiliaridade e poiésis: rearticulação compreensiva e alteridade

A cotidianidade jurídica da modernidade tardia expressa precisamente a transposição da lida utensiliar para a criação e aplicação do direito. A absolutização da categoria dos entes presentes à vista, traço marcante da filosofia ocidental, se agudiza diante da figura do homem-consumidor, que se movimenta no interior de campos de sentido afeitos à nuclearidade dos bens de consumo, descartáveis e destinados à imediata satisfação das crescentes e inautênticas necessidades humanas.⁶³

⁵⁹ HEIDEGGER, 2012, p. 493.

⁶⁰ Ibidem, p. 523-527.

⁶¹ GUIGNON, Charles B. Authenticity, moral values and psychotherapy. In: GUIGNON, Charles (Org.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 228-229.

⁶² HEIDEGGER, 2012, p. 353.

⁶³ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1975, p. 112.

Semelhante conversão do humano em para-quê utensiliar, reificado em construtos dogmáticos pretensamente assépticos e objetificado por uma retórica degenerada, é legatária, igualmente, do movimento fractal operado no cerne do Estado Ético contemporâneo, com a irrupção do Estado Poiético, descrita por Salgado.⁶⁴ O Estado Democrático de Direito, orientado eticamente para a realização da liberdade, concebida como autonomia, e tendo o humano como fim em si mesmo, nunca como meio, é contrastado, em seu interior, pelo Estado Poiético, cuja razão é serviente, determinada pela produção de um resultado econômico e, por isso, descompromissada com a concretização dos direitos fundamentais.

A cisão entre sociedade civil, reino da necessidade, e organização política, *locus* por excelência de realização da esfera da pessoa, é seguida pela instrumentalização do *corpus* estatal, subordinando-o aos interesses de uma facção econômico-financeira.⁶⁵ A política, dominada pela burocracia, rende-se aos grupos de pressão retratados por Bonavides, aos quais não interessa, *e. g.*, a movimentação do aparato administrativo para atender às prestações positivas reclamadas pelos mais fracos, dado que, entre outras implicações, isso acarretaria um acréscimo da carga tributária incidente sobre a atividade econômica.⁶⁶

Destarte, a assunção do Estado Poiético impõe a subjugação do jurídico pelo econômico, impingindo deletérias consequências para a aplicação do direito. A manipulação sofisticada de conceitos jurídicos, assumidos como utensílios instrumentalmente destinados à produção técnica, subjuga o ser-aí à dinâmica categorial dos campos de uso nos quais se insere.⁶⁷ A pessoa humana abandona a posição de centralidade no ordenamento jurídico, afigurando-se como meio para realização de algo, em malferimento de sua dignidade, kantianamente vislumbrada como a vedação de instrumentalização do humano⁶⁸ e dworkinianamente contemplada como igual respeito e consideração por todos os projetos existenciais.⁶⁹

Decerto, a consideração da alteridade, tão bem abordada por Emmanuel Lévinas, deve necessariamente permear a concretização do direito, sob pena da derrocada dos pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o fio há que se criticar ao solipsismo egológico

⁶⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 3-34, abr./jun. 1998.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 562.

⁶⁷ SALGADO, 1998, p. 13.

⁶⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 9-11.

que acomete a filosofia moderna ocidental, que tenciona apreender o Outro na totalidade do Eu, desconsiderando a infinitude da alteridade de seu rosto, incontível em qualquer tematização conceptualizante.⁷⁰ A hermenêutica somente pode operar-se em consideração a essa outridade, mirando diretamente o rosto que se apresenta na linguagem e escutando fraternalmente o que ele diz, em modo de ser hospedeiro que acolhe, e não subjuga, o *alter* que quer se comunicar, como observa Megale.⁷¹

Tomado como ferramenta utensiliar, o Direito se traduz em violência do Mesmo que subjuga o Outro ao império de uma consciência solipsista, arvorada na erística dominadora dos “especialistas sem coração”, retratados por Weber.⁷² O rosto da alteridade é ignorado pela negativa do dialogar frente a frente, esvaindo-se em catilinárias tecnocratas destituídas da imperiosa transcrição para o código sistêmico do Direito, descrito por Luhmann.⁷³

Toda tentativa de apreensão da alteridade na solitude do ego, ignorando a hospitalidade da ausculta que deve permear toda a compreensão, conduzirá inexoravelmente ao mal-entendido, à violência incompreensiva. Causa espécie notar, portanto, que, não raras vezes, discursos especializados, exteriores ao sistema jurídico, são retoricamente manipulados na cotidianidade judiciária como discursos de dominação, a impedir a ausculta dos argumentos das partes em juízo, cerrando o debate sob a pretensa onicompreensão dos especialistas.⁷⁴

Disso decorre que a singularidade irrepitível dos casos concretos nos quais são ventiladas pretensões a direitos subjetivos somente estará a merecer adequada compreensão no fio dialogal desabrochado a partir da alteridade relacionalmente comunicada, e não em solitários arzaoados tecnicistas, atrelados à maximização dos ganhos de eficiência, à ampliação do número de processos julgados, à preeminência dos impactos econômicos da decisão ou à garantia de um controverso espaço de discricionariedade técnica. É, destarte, com arrimo na realidade difundida pelo outro e fraternalmente partilhada com o eu, que o juízo meritório acerca da existência de um direito poderá consolidar-se, porquanto metafísica

⁷⁰ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 173.

⁷¹ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Hermenêutica da afetividade ou uma introdução à filosofia de Emmanuel Lévinas. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (Org.). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013b, p. 11-41, p. 24.

⁷² WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 166.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 236.

⁷⁴ MEGALE, 2013b, p. 24.

a linguagem, animada que é pelo desejo de fazer justiça ao outro e de com ele relacionar-se, em epifania refratária a qualquer tematização indiferenciada.

Deveras, ao mesmo tempo em que é ser-com-outros, pois sempre está junto a eles, em potencial abertura à ausculta dos demais seres-aí, o ser-aí não pode desonerar-se da responsabilidade sobre seu poder-ser, dada a intransferibilidade da existência.⁷⁵ Ser-com-outros e intransferibilidade do poder-ser, como ser-cuidado, implicam a premente acolhida da alteridade pelo Direito e pela Hermenêutica Jurídica. O outro jamais poderá ser coisificado ou simplesmente tutelado no processo aplicativo do direito, seja na seara judicial, seja no âmbito da Administração Pública. Nada nem ninguém poderá falar por ele, sendo necessária sua permanente ausculta e acolhida como hospedeiro, como outro eu a ser ouvido, em diálogo considerativo da infinitude do rosto que fala na linguagem, morada do ser. Com ele há que se ter, primordialmente, cuidado, nunca sob a forma de ocupação, mas como preocupação antepositiva, que o deixa ser, e não de caráter substitutivo, que lhe ceifa a liberdade.⁷⁶

Daí porque se verifica uma conexão indissociável entre hermenêutica e argumentação jurídicas, conforme pontifica Ricoeur.⁷⁷ A recepção dos achados da hermenêutica fenomenológica pelo direito não pode operar-se sem o auxílio da argumentação, que substancializa o princípio democrático no processo interpretativo. O modo de ser da alteridade na Hermenêutica Jurídica é argumentativo, porquanto franqueia a hospedagem do outro na infinitude de seu rosto e na finitude de seu ser, empregando-se terminologia levinasiana.

A rearticulação do modo pelo qual se lida com o direito, tendo em vista o cuidado com os outros como preocupação e, primacialmente, como preocupação antepositiva, e não como ocupação reificante, depende da descalcificação das redes referenciais de uso que se cristalizaram em torno da prática jurídica. Impende destruir criticamente a camada de preconceitos assim estruturada, incumbindo à academia assumir sua responsabilidade nesse mister, a fim de que o absolutamente outro possa falar. O alcance da gênese de tais redes, com a mostração, ainda que incompleta e relativa, da nadidade na qual radica, faz emergir uma preocupação liberadora para com o outro, desobstruindo o espaço para que sua existência se aproprie de si mesma em sua alteridade.⁷⁸

⁷⁵ HEIDEGGER, 2012, p. 779.

⁷⁶ Ibidem, p. 353.

⁷⁷ RICOEUR, Paul. *O justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 172.

⁷⁸ CASANOVA, 2013, p. 159.

Também na seara jurídica, A tonalidade afetiva da angústia, deflagrada no haver diretamente com o estranho da concretude normativa enraizada, pode ser capaz de conduzir à mobilização das camadas preconceituais do intérprete. É forçoso concluir, todavia, que o alcance do completo silêncio, da nadidade mais radical perante o jurídico se mostraria impossível, pois, como disse Lispector na obra literária “Uma aprendizagem ou o livro dos prazeres”, “[...] ninguém nos entenderia jamais: perderíamos a linguagem em comum”⁷⁹, o que não obsta, porém, que modulações significativas se operem. Noutros termos: a relação do direito com a cotidianidade é ambígua; ao mesmo tempo em que dela ele não pode prescindir, dada sua prescritividade⁸⁰, não pode a ela subjugar-se completamente, mormente em face de seu caráter transformador e da necessária salvaguarda à alteridade e ao pluralismo.

2.7 Hermenêutica jurídica e (in)autenticidade linguística

Sobreleva, outrossim, ressaltar os impactos jurídicos do caráter tardio e derivativo da concepção de verdade proposicional, caudatária da ontologia da presença constante. A absolutização do método engendrada pela filosofia moderna e a má compreensão da tarefa hermenêutica como extratora de sentidos unívocos dos textos afastou o intérprete do acontecimento da verdade, o qual é pré-predicativo, caracterizado por Heidegger como desvelamento obrado na clareira da linguagem.⁸¹

Decerto, o reclamo exasperado por uma segurança jurídica totalizante, cristalizada em regramentos legais minudentes e, hodiernamente, estampada em verbetes sumulares com pretensão exauriente sobre os comandos normativos glosados, redundou na sucumbência à armadilha que se intentava evitar, dada a excedência da significância em face da mera expressão linguística e da estranheza que matiza o processo compreensivo autêntico. Os juristas intentaram furtar-se da angústia própria ao processo hermenêutico, necessariamente dialógico e argumentativo, por intermédio de fórmulas interpretativas exegéticas ou mesmo de standardizações das decisões judiciais, afastando-se do imperioso ter-de-haver direto com a normatividade e a realidade aplicativa.

As referidas reflexões evocam a relevante contribuição de Maurice Merleau-Ponty para a hermenêutica fenomenológica, aqui colacionada porquanto desenvolvimento, no particular, das premissas hermenêuticas heideggerianas. Tais ponderações devem ser

⁷⁹ LISPECTOR, Clarice. *Uma aprendizagem ou o livro dos prazeres*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 136.

⁸⁰ HEIDEGGER, 2012, p. 477.

⁸¹ *Ibidem*, p. 607-625.

incorporada pela hermenêutica jurídica, especialmente no que respeita à adoção de uma linguagem autêntica, capaz de trazer à fala as pré-compreensões do intérprete e postá-las em diálogo com o outro que, em sua alteridade, nunca se deixa suprasumir em proposições quidditativas. Em “A Prosa do Mundo”, esse autor rechaça a compreensão objetivante e conceitual da linguagem, insurgindo-se contra o fantasma de uma gramática explicativa universal, atributiva de sentidos unívocos e entificados aos signos.⁸²

Longe de se apresentar como mera vestimenta de pensamentos ou como identificação com a coisa mesma cristalizada na expressão, a linguagem é já sempre significação. A redução da linguagem ao conceito clarifica-se, pois, impossibilitada, dado o caráter pré-predicativo e a ínsita existencialidade na qual se acha imersa. Desta feita, é na intersubjetividade compartilhada, e não na essência conceitual objetiva, que reside sua significância, sempre excedente em relação à apresentação vocabular.⁸³

Assim como Heidegger e Gadamer, Merleau-Ponty pontua que a compreensão linguística somente se faz possível pela inevitável preconceitualidade do compreender. A incompletude do arcabouço pré-compreensivo ante o ser linguístico interpretado não se erige, contudo, em barreira intransponível à compreensão. Isso porque a linguagem traz em si a potência do aprendido; para além de comunicar, ensina, em sua mostraçãõ existencial, franqueando ao intérprete como que a assimilação de um novo idioma, fresta a possibilitar o operar-se virtuoso da compreensão.⁸⁴

Desvela-se a compreensão, em tal perspectiva, como a tomada do comunicado do *alter* como próprio, revivido pelo eu como um “outro eu mesmo”, na captação do dito e do não-dito na (in)visibilidade da mensagem. Sobre a invisibilidade da linguagem, calha asseverar que sua apreensão depende da abertura criativa do intérprete à mensagem, a propiciar a estranheza diante da obliquidade do visível, hábil a clarear a obscuridade antes escamoteada.⁸⁵ Não se trata a compreensão de disponibilização total da coisa mesma, o que não condiz com a existencialidade mundana e a temporalidade da linguagem.

De outra parte, a persecução da plena clareza, *a contrariu sensu*, oblitera o ser oblíquo e eminentemente diacrítico da linguagem, em ilusão de pura significação a se identificar com

⁸² MERLEAU-PONTY, Maurice. *O homem e a comunicação: a prosa do mundo*. Tradução de Celina Cruz. Rio de Janeiro: Bloch, 1974, p. 19-24.

⁸³ *Ibidem*, p. 30.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁸⁵ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica e linguagem: nas dobras da fala com Merleau-Ponty*. In: Maria Helena Damasceno e Silva Megale (Org.). *Temas de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013c, p. 17-42.

a inautêntica e artificiosa eliminação do ser linguístico, inescapável e insitamente vir-a-ser – por isso mesmo, incabível em qualquer formulação estática e aprisionadora. Em suma: a linguagem não é a versão cifrada de um texto original, o que desvela o engodo no qual se enredam as tentativas exasperadas de uniformização jurisprudencial a qualquer preço, esboçadas, por exemplo, por intermédio das súmulas vinculantes.

Assemelham-se, no particular, as observações de Merleau-Ponty com o pensamento heideggeriano, ao evocarem a contraposição entre linguagem empírica e linguagem autêntica ou criativa, correspondente à díade “impessoalidade” e “autenticidade”, tematizada em *Ser e tempo*.⁸⁶ Deveras, o uso empírico da linguagem, em sua vã pretensão de cristalizar sentidos, promove perigosa coisificação do outro, obstruindo a mostração de seu ser linguisticamente revelado, de sua mensagem comunicada. Estampa-se-lhe, autoritativamente, a significação utensiliar, equiparando-o aos entes intramundanos em geral, donde deflui inafastavelmente seu silenciamento, o que se passa, por exemplo, em relação ao manejo erístico de arrazoados cientificistas como forma de ceifar o debate jurídico.

Por outro giro, a fala autêntica ou criativa liberta o sentido cativo da linguagem, permitindo que este fale e fulgure intersubjetivamente como um outro nós reciprocamente considerado, a dignificar a existencialidade do homem, não mais ocultada em uma instrumentação utensiliar da pura coisa. A obliquidade da linguagem nunca será totalmente superada, porém é um fato a exigir uma permanente postura de ausculta e humildade do intérprete e da hermenêutica jurídica.

2.8 Aplicação do direito, angústia e estranheza: o “não entender” como possibilidade produtiva da compreensão

A imanência da estranheza à linguagem foi percucientemente observada por Friedrich Schleiermacher em sua obra “Hermenêutica: arte e técnica da interpretação”.⁸⁷ Dela deflui que o mal-entendido, longe de corporificar mera acidentalidade do processo interpretativo, é uma possibilidade sempre presente, o que recomenda uma permanente atitude crítica do intérprete diante do texto interpretado. O esforço hermenêutico, por não figurar como anomalia técnica presente apenas diante das passagens contraditórias ou obscuras de um

⁸⁶ MEGALE, 2013c, p. 17-42.

⁸⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braida. 2. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1999, p. 31-33.

texto, deverá acompanhar incessantemente o intérprete, considerada a universalidade do mal-entendido.⁸⁸

Além disso, há que se ressaltar a produtividade hermenêutica da estranheza, cuja ocorrência abre ensanchas para a luminescência do outro, catalisada por um diálogo de perguntas e respostas entre o ser do intérprete e o ser do ente interpretado, a propiciar o acontecer de sua mostração. Aludido existencial desvela, outrossim, a indigência da condição humana, sua falibilidade, bem como a impossibilidade de que a infinitude do sentido seja integralmente captada na finitude da existência.

Deveras, o entendimento imediato, o suposto compreender incontroverso e consabido que se perfaz, de plano, promanado do falatório, é sempre limitador e, em muitas oportunidades, conducente ao engano. Uma das grandes mazelas da cotidianidade jurídica contemporânea é, dessarte, a fuga da angústia da estranheza, a necessidade premente de redução dos riscos e, com ela, a procura imediatista por (des)entendimentos formados com celeridade.

Tal “entender” autoevidente cumula por verter reles reprodução acrítica do falatório cotidiano, impossibilitando a oitiva da voz do outro que se quer considerado na interpretação. A mostração do ser do ente interpretado não se perfaz, e a imposição das irrefletidas opiniões prévias do intérprete sobre o texto silenciado é destino muito provável.

A potencialidade do mal-entendido indica a produtividade de que o “não entender” se reveste para a hermenêutica, na medida em que conduz o intérprete à abertura congenial e fraterna, exigida para que o texto fale, em diálogo travado entre os horizontes linguísticos comunicados na tradição.⁸⁹ Ao contrário, aquilo que se supõe entendimento, mas consiste, na verdade, em implantação irrefletida das pressuposições do intérprete sobre a coisa, por cerrar o diálogo já em sua linha de partida, instaura o mal-entendido e, no direito, a suma injustiça representada pela indiferença diante do que o outro tem a dizer.

É preciso silenciar-se e demorar-se perante as coisas, a fim de que elas se mostrem em sua significatividade. O silêncio, além de sinalizar a rearticulação das camadas sedimentadas de preconceitos perante a negatividade originária do ser, prenuncia a postura de humilde meditação a ser adotada pelo intérprete, para que os sentidos incrustados nas franjas da expressão jurídica se libertem.⁹⁰

⁸⁸ SCHLEIERMACHER, 1999, p. 16.

⁸⁹ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A congenialidade fraterna: pressuposto da comunicação como justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 107, p. 331-353, jul-dez, 2013.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 334.

“Não entender” corresponde, ainda, à constatação da precariedade do processo hermenêutico, que nunca alcança a inteireza do ser do ente interpretado: este, ao mesmo tempo em que se desvela, vela-se na infinitude transcendente de seu rosto. Será vã, portanto, qualquer pretensão de esgotamento do sentido normativo em arranjos textuais minudentes ou em precedentes sumulados. Da mesma forma, a transposição dos achados da hermenêutica fenomenológica para a seara jurídica jamais poderá olvidar-se de sua falibilidade. A “tese da única resposta correta”⁹¹, ônus de responsabilidade política imposto aos julgadores, não pode ser confundida com a efetuação do ideal alvejado pelo esforço que impõe. Compreender sempre será, em alguma medida, um erro, como observa Gadamer.⁹²

De tudo quanto foi exposto, é possível concluir que uma dupla humildade hermenêutica é exigida do intérprete-aplicador: (a) em linha de partida, deve postar em abertura fraterna e dialogal perante a alteridade do texto, permitindo que este fale em sua estranheza, em incessante revisão do projeto previamente concebido; (b) em linha de chegada (sempre provisória), há de conscientizar-se da precariedade e indigência da compreensão alcançada, decorrência de sua condição humana, deixando abertas as portas para que novos sentidos se apresentem e para que o não-dito se mostre em melhor luz do que o enunciado.

Inexistem atalhos para a Hermenêutica Jurídica. Por essa razão, o afazer interpretativo haverá sempre de se confrontar com a tensão entre ordem normativa e pluralismo, nota marcante do Estado Democrático de Direito. É exigida do intérprete permanente atitude crítica, capacitada à desarticulação dos campos de uso que intentam subjugar a seara aplicativa. De outra parte, com a aludida mobilização, não se pretende o desprendimento absoluto da cotidianidade mediana, de cuja semântica prescritiva o Direito não pode prescindir. O justo e equilibrado trânsito entre a impessoalidade e a pessoalidade: tal é a síntese do existencial compreensivo na ambiência jurídica. Em que medida isso será possível, é uma questão que permanece em aberto.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 203.

⁹² GADAMER, Hans Georg. *La razón en la época de la ciencia*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Alfa, 1981, p. 75.

3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer corporifica o marco teórico perfilhado para a interpelação do problema investigado pelo presente estudo. Não apenas a apropriação da situação hermenêutica concernente à reserva do possível na tradição jurídica brasileira será orientada pelos pressupostos compreensivos desvelados pelo pensamento gadameriano, senão igualmente os caminhos teóricos aqui adotados para a tratativa dos direitos fundamentais e de seus limites conduzir-se-ão por tais reflexões.

Do mesmo modo, a espécie de pluralismo metodológico encampada por este trabalho, hermeneuticamente enraizada, assenta-se sobre compreensão construída com espeque na hermenêutica filosófica, forte na inafastabilidade da *applicatio* e na preeminência do horizonte de interpelação descerrado pelos problemas jurídicos presentes para a significação dos construtos metodológicos, derivados e auxiliares diante da primazia do acontecer compreensivo.

Todas as linhas argumentativas desenvolvidas nas ulteriores quadras deste estudo hão de presumir as estruturas compreensivas expostas no capítulo em tela, de cujo recurso, explícito ou implícito, a dissertação se valerá, tendo em vista a elaboração de um projeto compreensivo constitucional e hermeneuticamente adequado sobre a (in)aplicabilidade da reserva do possível, posta a ideia motriz de um ter-de-haver diretamente com o ser dos direitos fundamentais sociais.

3.1 Introdução ao projeto hermenêutico de Hans-Georg Gadamer

O projeto hermenêutico desenvolvido por Hans-Georg Gadamer em “Verdade e Método” tem como questão central a desconstrução do conceito de verdade absolutizado pela metafísica ocidental, destacadamente aquele edificado pela filosofia moderna, a partir das reflexões de René Descartes.⁹³ Conforme precitado entendimento, a verdade corporifica a resultante da observância rigorosa do método científico, consistente em uma proposição clara, distinta e indubitável, por meio da qual o sujeito cognoscente predica algo a um objeto.⁹⁴

Nada obstante, Gadamer, na esteira da ontologia fenomenológica de Martin Heidegger, postula que, ao contrário do que propugnou o esclarecimento, esse não se trata do

⁹³ GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Tradução de Constantino Ruiz Garrido. 2. ed. Barcelona: 2003, p. 42-45.

⁹⁴ Cf. DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 23.

único conceito de verdade, tampouco do mais originário. Noutros dizeres: a absolutização do método, longe de conferir acesso seguro à verdade, afasta o sujeito dela, na medida em que impede o desvelamento de uma plêiade de mostrações da coisa, que resta enquadrada no pretenso construto asséptico da metodologia científica.⁹⁵

Decerto, as razões conducentes a tal obscurecimento são compreensíveis. Ante o escopo de combater o antigo regime, buscou-se desprender o pensamento de toda recursividade à tradição, vislumbrada como legitimadora da autoridade, contra a qual se insurgia o esclarecimento.⁹⁶ Logo, a lucubração de um conceito de verdade que se pretende fulcrado exclusivamente na razão pura, decorrente do seguimento cioso do método, foi a resposta encontrada pela filosofia moderna para tal desiderato, para a qual o único árbitro no acesso à verdade há de ser o tribunal da razão, conforme pontificou Immanuel Kant.⁹⁷

Não surpreende, portanto, o rechaço à tradição e aos preconceitos, incompatíveis, para o *Aufklärung*, com o labor científico. Nesse diapasão, o empreendimento gadameriano visa, a um só tempo, à crítica do conceito de verdade moderno, ancorado na tirania metodológica, e à liberação de outras concepções de verdade, de sorte a propiciar o pleno acontecer da experiência hermenêutica, recobrando dimensões esquecidas de seu fazer, as quais serão descritas, sob o prisma ontológico, como inerentes a ela.⁹⁸

Para tanto, a exposição da obra de arte como fenômeno descerrador por excelência do acontecimento da verdade, o recobrimento da tradição, da autoridade e do preconceito, assim como a análise da existencialidade linguagem, serão os passos percorridos por Gadamer para a consecução de seu projeto.

Sobreleva ressaltar, no entanto, não ser de todo apropriada a transcrição operada por alguns intérpretes em relação ao título da obra *mater* da hermenêutica filosófica gadameriana, a saber, de intitulá-la como “Verdade contra método”. Mais apropriado seria compreendê-la como “Verdade contra um método”, porquanto não se pretende derruir a valência de toda e qualquer reflexão metodológica. Em verdade, a crítica de Gadamer se direciona à absolutização do método encetada pela filosofia moderna, isto é, à asserção segundo a qual seu perfilhamento asseguraria a descoberta da verdade, exclusivamente identificada com o

⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Ênio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 29-32.

⁹⁶ TAYLOR, Charles. Gadamer on the Human Sciences. In: *The Cambridge Companion to Gadamer*. DOSTAL, Robert J. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 142.

⁹⁷ KANT, Immanuel. Resposta à questão: que é iluminismo?. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 17.

⁹⁸ RORTY, Richard. Being that can be understood is language. In: KRAJEWSKI, Bruce. *Gadamer's repercussions: reconsidering philosophical hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 2004, p. 24.

modelo predicativo-apresentacional. O método combatido é, na verdade, um: o método científico da modernidade, ou, mais propriamente, sua absolutização.

Não se nulifica a relevância da reflexão metodológica, como o próprio Gadamer afirma expressamente no prefácio à segunda edição de “Verdade e método”.⁹⁹ A metodologia hermenêuticamente situada, isto é, aquela consciente de suas limitações e de sua inescapável imersão histórico-linguística, pode ser um caminho frutuoso na busca pela verdade.¹⁰⁰

Aludidas considerações revestem-se de curial importância para a hermenêutica jurídica. Deveras, a transposição da hermenêutica filosófica para a seara do Direito inspirou, em alguns, equivocada percepção de que toda e qualquer reflexão metodológica seria infensa ao mister aplicativo do jurista, como se a mera leitura dos autores da hermenêutica filosófica bastasse para a escorreita aplicação do ordenamento jurídico. Ao contrário, o completo abandono da metodologia abre ensanchas ao mais perigoso decisionismo, convertendo o pensamento hermenêutico exatamente naquilo que ele não é: álbi retórico passível de invocação para sustentar qualquer provimento jurisdicional, bastando o abarrotamento dos decisórios com proposições supostamente filosóficas e a citação desmesurada de autores com pressupostos teóricos, por muitas vezes, incompatíveis.

Nessas razões, antes de principiar a dissertação sobre as ideias fundamentais da hermenêutica filosófica, cabe consignar que a aplicação do Direito não pode prescindir da metodologia, dada a necessária vinculação à positividade jurídica e observados os ditames impostos pelos princípios da isonomia e democrático. Tão nociva para o jurista quanto a absolutização do método, ou a interpretação fulcrada no esquema de pensamento sujeito-objeto cultuado pela filosofia moderna, é a dispensabilidade total da metodologia. A hermenêutica jurídica, forçosamente cônica de sua existencialidade histórico-linguística, necessita do traçado de um caminho, estruturado a partir da Constituição e desbordante por todas as normas, atos, fatos e negócios jurídicos, sob pena de se enredar em deletério autoritarismo, que não presta contas de seu proceder.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame da hermenêutica filosófica, forte na constatação de que a interpretação juridicamente adequada não pode se olvidar da historicidade e linguisticidade inerentes a todo compreender.

⁹⁹ GADAMER, 2015, p. 15.

¹⁰⁰ GRONDIN, 2003, p. 17.

3.2 A obra de arte como arquétipo do acontecimento da verdade

Posto o desiderato desconstrutivo do conceito moderno de verdade, a obra de arte é tomada, por Gadamer, como arquétipo por excelência do acontecimento originário da verdade, entendido esse como desvelamento que precede qualquer tematização proposicional.¹⁰¹

De início, tem-se que a obra de arte, pela pretensão criativa da qual dimana, avança além do paradigma clássico de verdade, consistente na adequação da coisa ao intelecto (*adequatio rei et intellectus*). Nada obstante, também a teorização sobre a obra de arte é corrompida pela concepção de verdade moderna. A estética do gênio, erigida a partir do pensamento kantiano e burilada pelo romantismo alemão, compreende o sentido da obra de arte como atrelado à genialidade, isto é, ao processo criativo autoral originário.¹⁰²

Nestes termos, a interpretação da obra de arte corresponderia a um processo inverso àquele percorrido pelo autor da obra. Caberia ao intérprete estabelecer um vínculo de congenialidade com o pensamento autoral, alcançando o sentido por ele atribuído à obra de arte, tudo isso a partir de uma metodologia legatária do modo de pensar da modernidade.¹⁰³

A ontologia hermenêutica mostra, porém, que a obra de arte instala um acontecimento que transcende seu autor e o sujeito cognoscente, reivindicando autonomia que interpela a ambos no horizonte da linguagem. Somente a partir do intérprete, inescapavelmente enraizado em sua historicidade, a obra de arte pode dizer a que veio, mas seu dizer é sempre excedente em relação àquele.¹⁰⁴

Nos parágrafos seguintes, almeja-se apreciar os principais argumentos aduzidos por Gadamer para sustentar o caráter arquetípico da obra de arte no que concerne ao acontecimento da verdade.

3.2.1 A estética do gênio e a hermenêutica romântica de Friedrich Schleiermacher

Os escritos de Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher consubstanciaram indúvidoso marco no estudo da hermenêutica. Antes confinada a âmbitos especializados e fragmentários de saber, a hermenêutica ganha, com Schleiermacher, uma pretensão universal. Em face de

¹⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. Aesthetics and hermeneutics. In: GADAMER, Hans-Georg. *Philosophical hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 1977, p. 97.

¹⁰² GADAMER, 2015, p. 99.

¹⁰³ Ibidem, p. 149.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 232.

qualquer expressão geradora de estranheza, seja filológica, teológica ou artística, tem ensejo a atuação da tarefa hermenêutica. Logo, considerando que a estranheza é imanente a linguagem, o fenômeno hermenêutico se reveste de universalidade, presentificada na dialética entre o universal da linguagem e o particular universalizado, ou singular, corporificado por autor e intérprete.¹⁰⁵

A hermenêutica exsurge, portanto, como o estudo da compreensão, conquanto atrelado ao paradigma moderno de verdade, ainda mediador das reflexões travadas no cerne do romantismo alemão. Assim, Schleiermacher concebe a interpretação como um movimento de congenialidade, por meio do qual o intérprete recupera o sentido atribuído ao texto pelo autor, com fulcro na reconstrução do processo criativo por este engendrado.¹⁰⁶

Para a constituição do vínculo congenial, cuida-se de buscar um ponto de contato entre as singularidades do autor e do intérprete no universal da linguagem, a partir do qual se pode obter um pressentimento do todo da obra, é dizer, uma antecipação projetiva de seu sentido integral, a ser permanentemente reformulada no decorrer da leitura, conforme se conhece cada uma de suas partes.¹⁰⁷

Interpretar é, pois, uma simbiose entre os métodos divinatório, ou adivinatório, e comparativo, ancorados, por seu turno, nos tipos psicológico e gramatical de interpretação. Inicialmente, o intérprete projeta uma concepção prévia da obra, com esteio no método divinatório, e, paulatinamente, promove sua revisão, seja pela pesquisa de elementos do psicologismo autoral, seja por intermédio dos filamentos gramaticais do texto, em trânsito contínuo entre a comparação das partes e a revisão adivinatória do todo.¹⁰⁸

Mencionado movimento é denominado por Schleiermacher de círculo hermenêutico, cuja tessitura, advirta-se, é distinta do círculo hermenêutico heideggeriano. Enquanto este último possui natureza ontológica, a concepção traçada por Schleiermacher ostenta feição metodológica, muito embora diversas reflexões suas já ventilassem, de modo embrionário, os porvindouros lineamentos da fenomenologia hermenêutica.

Nesse diapasão, o círculo hermenêutico em Schleiermacher corresponde ao contínuo câmbio do todo em relação às partes e destas em face daquele.¹⁰⁹ A culminância do processo interpretativo alcança visão sobre a obra que nem seu autor teve ocasião de possuir. Daí

¹⁰⁵ SCHLEIERMACHER, 1999, p. 14.

¹⁰⁶ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Compreensão como arte: notas “hermenêuticas” sobre Constituição e constitucionalismo. *Revista Prisma Jur.*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 53-75, jan./jun. 2009, p. 59.

¹⁰⁷ SCHLEIERMACHER, 1999, p. 43.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 51-52.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 44-46.

porque Schleiermacher afirmou que a tarefa da hermenêutica consiste em compreender um autor melhor do que ele mesmo.¹¹⁰

Por um lado, a assertiva em questão reafirma a inegável vinculação à estética do gênio, porquanto atrela a correção do processo interpretativo ao sentido estampado no psicologismo autoral. Por outro, traz a lume de forma seminal ponderação conducente à sua superação.

Ao asseverar que o intérprete compreende o autor melhor do que ele mesmo, afirma-se a superioridade do sentido vislumbrado na obra pelo primeiro diante daquele originalmente pensado pelo segundo. Logo, além de não mais figurar como um intérprete qualificado da obra, o pensamento autoral mostra-se deficitário ante a compreensão alcançada pelo intérprete que, diferentemente do criador da obra, possui em seu favor a visão integral desta, desconhecida no momento de sua elaboração.¹¹¹

Impende romper, no entanto, com as amarras remanescentes da tratativa da obra de arte em relação à estética do gênio. Cabe afirmar a existência da obra de arte como um acontecimento próprio, enraizado na atualidade histórica insculpida na linguagem, distinto e autônomo no que tange a seu momento criativo originário. Com isso, alcançar-se-á a liberação da questão da verdade, cujo acontecimento se desvela com limpidez na experiência da obra de arte.

3.2.2 *O jogo e a obra de arte*

A fim de alcançar o verdadeiro ser da obra de arte, Gadamer parte do modelo do jogo, cuja caracterização é emblemática para a compreensão da experiência artística. Conforme observa, o jogo se apresenta como um mundo fechado em relação ao mundo dos fins. Noutras palavras: não há nenhuma finalidade extrínseca ao jogar que o oriente, senão o próprio jogo, em seu campo peculiar de sentido.¹¹²

Demais disso, o jogo apenas se perfaz em plenitude na representação. É dizer, o jogo alcança sua existência apenas por intermédio daqueles que o jogam. Mencionado processo mediador, no entanto, assume o caráter designado por Gadamer como mediação total. Com

¹¹⁰ SCHLEIERMACHER, 1999, p. 43.

¹¹¹ GADAMER, 2015, p. 264.

¹¹² Ibidem, p. 154.

isso, Gadamer quer afirmar que o sentido do jogo não se torna subserviente à consciência dos jogadores, mas preserva sua autonomia em relação a eles.¹¹³

Assim como o jogo, a obra de arte reveste-se de semelhante caráter medial. A título ilustrativo, evoca-se o exemplo da peça teatral e da composição musical, cujas experiências apenas se instalam por obra dos respectivos atores e intérpretes. Logo, tanto como a escrita originária, a representação participa do ser da obra, na medida em que ela somente se realiza a partir dela. Desta feita, rompe-se com a distinção estética entre autor e intérprete, do mesmo modo que se supera o fosso entre sujeito e objeto. O intérprete participa da realização do sentido da obra de arte que, no entanto, à vista de seu caráter medial total, remanesce autônoma em relação a ele.

À autonomia da obra em relação ao momento originário de criação, Gadamer confere a designação de transformação em configuração.¹¹⁴ Tal significa que algo se converte noutra coisa, de uma vez e como um todo, de sorte que essa coisa na qual se transformou constitui seu verdadeiro ser, diante do qual seu anterior é nulo. Assim se passa com a obra de arte perante o momento criativo autoral: uma vez concluída, dele se desgarrar, assumindo existência autônoma, manifestada em cada ato de representação, que constitui sua determinação existencial.

Retornando ao jogo, tem-se que todo jogar é um ser jogado. O jogo possui suas próprias regras e campos de sentido, os quais limitam e condicionam a atuação dos jogadores, interpelando-os à assunção de determinados comportamentos e pontos de vista, bem assim preenchendo-os com seu espírito. Tem-se, pois, um primado do jogo em relação aos jogadores, porquanto estes experimentam o jogo como realidade que os sobrepuja.¹¹⁵

Analogamente, a obra de arte interpela seus espectadores, instalando um mundo de sentido, em cujo âmago esses são lançados. Rompe-se a diferença entre espectadores, autores e intérpretes, uma vez que o verdadeiro ser da obra de arte radica na experiência transformadora daquele que a experimenta. Assim, diz Gadamer, o sujeito da experiência artística é a própria obra de arte, cuja representação, porquanto constitutiva, é sempre autorrepresentação.¹¹⁶

Do mesmo modo que o “algo” traduzido no jogo se posta em face do jogador, a interpretação artística tem sempre de lidar com o “algo” representado pela obra de arte. Desta

¹¹³ GADAMER, 2015, p. 177.

¹¹⁴ Ibidem, p. 173.

¹¹⁵ Ibidem, p. 160.

¹¹⁶ Ibidem, p. 204.

feita, ao intérprete não é franqueado estampar na obra o sentido que mais lhe apeteça, porque limitado pela existência da obra de arte.

Trata-se, no particular, tirante o rechaço ao solipsismo egológico¹¹⁷, de inegável influência do conceito husserliano de intencionalidade, segundo o qual toda consciência é consciência de alguma coisa, impondo-se, como lema da fenomenologia, o “voltar às coisas mesmas”.¹¹⁸ De mais a mais, a alteridade é pressuposta tanto no jogo quanto na obra de arte. O jogador, assim como o intérprete literário, há de invocar o outro com o qual joga e dialoga, esteja ele presente fisicamente ou não, assente a nota conversacional de todo pensar.

Uma primeira conclusão extraída das reflexões gadamerianas sobre os arquétipos do jogo e da obra de arte para a liberação da questão da verdade diz respeito, como já adiantado, à superação do abismo existente entre sujeito e objeto. À luz do caráter medial da obra de arte, o objeto se realiza no sujeito, que participa de sua constituição de sentido. Por outro lado, consideradas a transformação em configuração da obra de arte e o “ser jogado” que caracteriza a experiência artística, o próprio intérprete é interpelado e transformado no processo interpretativo. A autonomia da obra delimita e condiciona as possibilidades interpretativas do intérprete que, por seu turno, participa da constituição do sentido da obra e por ela é também ressignificado.

Destarte, por intermédio de sua representação, o jogo e a obra de arte interpelam seus espectadores de tal modo que esses passam à condição de partes integrantes do objeto, malgrado todo o distanciamento do estar de frente para algo possuidor de valência ontológica autônoma. O ser da arte não pode, portanto, ser determinado como objeto de uma consciência estética, uma vez que o comportamento estético é sempre mais do que sabe de si mesmo, participando do processo ontológico de representação e pertencente ao jogo como jogo.¹¹⁹

Além disso, porque plenamente realizada na representação, em cuja simultaneidade se atualiza, a obra de arte se verifica permanentemente enraizada no solo histórico de sua pertença, desvelando novas dimensões de sentido a cada mediação, ante o devir inafastável da história. A temporalidade da obra de arte e a atualização propiciada por seus dizeres e redizeres implica o desvelamento e conseguinte velamento de novos significados seus, o que em nada corrobora qualquer argumentação relativista, postos os limites significativos ditados pela coisa.

¹¹⁷ MEGALE, 2007, p. 58.

¹¹⁸ HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006, p. 89.

¹¹⁹ GADAMER, 2015, p. 234.

Impossível se afigura isolar a obra de arte da contingência das condições de acesso determinantes de sua mostração. Semelhante intento resulta em inevitável abstração redutora do verdadeiro ser da obra, ocultado e mal-entendido pela implantação a fórceps da metódica asséptica. Como ilustra Gadamer, “o espetáculo só acontece onde está sendo representado e, para ser música, deve soar.”¹²⁰

Questionamento passível de cogitação dar-se-ia em face da literatura, diante da qual assomaria a indagação sobre a aplicabilidade dos conceitos de mediação total e simultaneidade à representação. Contudo, afirma Gadamer, a literatura expressa a forma mais radical do acontecimento da verdade na obra de arte, de modo a reclamar especial atenção por parte do hermenauta.¹²¹ Nem a conversa entre indivíduos falantes de idiomas distintos, de filiação etimológica absolutamente diversa, impõe tamanha exigência do intérprete como o fazem os textos literários, adormecidos na palavra escrita e distanciados por longínqua sedimentação histórica a ser descalcificada pelo intérprete.

Com efeito, a interpretação literária expressa um verdadeiro milagre, por transformar algo exponencialmente estranho e estático em entendimento coetâneo e familiar. A linguagem originária é falada, como se passa em relação ao pensar. Desta feita, toda leitura é sempre uma forma de interpretação e reprodução, verdadeiro falar interior, tão representativo como a epopeia na declamação do rapsodo. Por essa razão, também a obra de arte somente encontra plena realização por intermédio da leitura, co-constitutiva de seu sentido.¹²²

A normatividade do sentido literário atesta que a obra está sempre a falar, ainda que para mundos e tempos absolutamente distintos daqueles de seu contexto originário de elaboração. Incessantemente realizada na interpretação, recebe o influxo do devir histórico, que atualiza seu sentido e possibilita a produtiva mostração de novos espectrais significativos nela residentes.

Gadamer assinala que o conceito de literatura possui amplitude sobremodo transcendente às obras literárias em sentido estrito, abarcando textos científicos, teológicos e jurídicos. A interpretação jurídica, sob tal enfoque, somente diferiria da interpretação especificamente literária pela pretensão de conformidade normativa que levanta, a ela se aplicando todas as considerações anteriormente referidas.

A experiência artística traduz, portanto, um caso paradigmático de compreensão, nela se entrevendo a verdadeira universalidade hermenêutica. Não se qualifica como um objeto da

¹²⁰ GADAMER, 2015, p. 172.

¹²¹ Ibidem, p. 229.

¹²² Ibidem, p. 230.

consciência historicista, porém sua compreensão pressupõe sempre uma mediação histórica. Como asseverou Hegel, assim como é impossível restituir um fruto arrancado à árvore da qual proveio, toda tarefa de reconstrução do pensamento autoral, tal qual pretendida por Schleiermacher, terá um resultado inglório diante da finalidade proposta.¹²³

Noutro giro, a verdade experienciada na obra de arte somente adquire sentido no mundo significativo que é o dela, inexistindo um parâmetro exterior que possibilite a aferição de algo como sua validade objetiva. Cabe novamente recorrer à analogia com o jogo: apenas no jogo se pode aquilatar a verdade ou inverdade do jogar, não havendo nenhuma dimensão externa a ele que possibilite a determinação de seu sentido.

Idêntica constatação se aplica à verdade em geral: não há um ponto exterior à experiência mundana, inevitavelmente histórico-linguística, a partir do qual a verdade possa ser verificada. Disso decorre que a pretensão metodológica do esclarecimento, para além de infrutífera, escamoteia o autêntico e originário sentido da verdade como desvelamento e ocultamento, exemplarmente encontrado na experiência da obra de arte.

A obra de arte expressa, destarte, o solo originário da verdade, a ser cultivado em todas as searas do pensamento, consumando-se, desta forma, a liberação do conceito tencionada por Gadamer. Nesse sentido, testifica Maria Helena Megale:

Em todos os níveis, ainda que no teórico, o *lógos* apofântico e o apodíctico não são suficientes à compreensão, que depende sempre do *lógos* hermenêutico, no qual se inserem as expressões tão próprias do homem, nestas incluídas a poesia e as demais produções artísticas, aproximando o intérprete da inatingível totalidade do ser. Neste contexto, pode-se constatar que “na obra de arte, põe-se em obra a verdade do ente”, como afirma Heidegger. A arte, ao possibilitar a abertura afetiva do ente, favorece o desvelamento da verdade do ser que se quer compreender. A obra de arte, mesmo sem o desejar o autor, é impotente para o não aparecer. Daí nela operar a verdade. Com isso, a importância justificada do diálogo entre as ciências e as artes. No campo da Filosofia, desde o seu alvorecer, os pensadores não olvidaram a escuta das expressões artísticas, como elementos para a reflexão, o que sempre foi compatível com as demais atividades voltadas para as elaborações culturais, na tentativa de melhor conhecer o homem historicamente. O direito deve se servir também dos elementos fornecidos pelas obras de arte em geral no exercício dedicado à compreensão do ser humano.¹²⁴

Conforme assevera a autora, referidas conclusões se aplicam em sua integralidade à *práxis* jurídica, cujo paralelismo com a experiência artística há de merecer a devida consideração, em respeito à necessária reflexividade imposta pelo princípio democrático.¹²⁵

¹²³ GADAMER, 2015, p. 236.

¹²⁴ MEGALE, 2013, p. 335.

¹²⁵ Ibidem, loc. cit.

3.3 A reconstrução da hermenêutica em face da historicidade do existir

Enquanto Heidegger edifica seu olhar para a hermenêutica da facticidade tendo em vista seu desiderato construtivo de uma ontologia fundamental, dirigida ao alcance da estrutura prévia da compreensão e forte no propósito de traçar a pergunta pelo ser a partir da analítica existencial do *Dasein*, Hans-Georg Gadamer se indaga sobre como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão.¹²⁶ Noutras palavras: o que Gadamer persegue é a refundação da hermenêutica, até então estruturada como disciplina técnica voltada à interpretação de textos estranhos, sobre as bases descerradas pela ontologia fenomenológica heideggeriana, da qual se deduz que ser é tempo.¹²⁷

Assentado que a compreensão não se define como um momento metodologicamente escolhido do ato de interpretar, mas se desvela como existencial do ser-aí, a tarefa da hermenêutica passa fundamentalmente ao alumiamento de como a compreensão ocorre e está incessantemente a ocorrer, não mais enfocando como seu propósito central a lucubração de métodos garantidores da interpretação correta.¹²⁸ Se desde o instante mais originário do existir se está a compreender, deseje-se ou não fazê-lo, adquira-se ou não consciência disso, é imperioso, mesmo para o alcance da correção interpretativa, o entendimento sobre seu modo de ser. O desprendimento do compreender de uma deliberação racional sobrepujante conduz à conclusão segundo a qualquer tematização filosófica contrária à sua existencialidade redundará, irrefragavelmente, no mal-entendido.

Nos próximos tópicos, os lineamentos fundamentais da fenomenologia da compreensão em Gadamer serão expostos, principiando com o lampejo de Dilthey acerca da historicidade do ser e seguindo com a superação por Gadamer de suas aporias, concernentes ao atrelamento ao modo de pensar do *Aufklärung*.

3.3.1 Wilhelm Dilthey: entre os lampejos da historicidade e a reação do metodologismo moderno

Wilhelm Dilthey busca garantir a racionalidade da experiência histórica a partir da refundação das ciências do espírito sobre bases metodológicas e epistemológicas próprias.¹²⁹

¹²⁶ GADAMER, 2015, p. 354.

¹²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 226-227.

¹²⁸ GADAMER, 1981, p. 80.

¹²⁹ GRONDIN, 1999, p. 148.

Analogamente a Kant, Dilthey se pergunta sobre as condições de possibilidade do conhecimento nessa seara, empreendendo verdadeira crítica da razão histórica.

Nesse desiderato, Dilthey observa que a resposta para a indagação formulada radica-se na homogeneidade entre sujeito e objeto do conhecimento, porquanto aquele que investiga a história é o mesmo que a produz, dada a incontestável historicidade do humano. O problema que se coloca é, portanto, sobre como se elevar da experiência individual para a experiência histórica.¹³⁰

O ganho de um contexto vital pelo indivíduo parte do conceito fundamental de vivência, com esteio no qual se opera a aquisição dos conceitos constitutivos dotados da capacidade de sustentação do contexto histórico e de seu conhecimento. Assim, às categorias do conhecimento próprias às ciências da natureza, Dilthey contrapõe os nexos vivenciais da estrutura histórica do existir humano.¹³¹

Da psicologia individual, de cujo cerne parte Dilthey, passa-se à fundamentação hermenêutica das ciências do espírito, em teorização assaz próxima do pensamento de Schleiermacher, embebido, porém, do ganho incorporado pela consciência da historicidade da compreensão humana.¹³² Tal qual os nexos de um texto, os nexos estruturais da vida também são determinados por uma relação entre o todo e as partes. O emprego do método comparativo permitiria a elevação além das fronteiras contingentes do círculo de experiências individuais, superando a relatividade da consciência histórica, em objetivação do conhecimento espiritual-científico.

Entretanto, o aprisionamento de Dilthey à filosofia do esclarecimento culminou em tentativa contraditória de aplicação do método cartesiano à elevação da consciência histórica. Os nexos vivenciais, as estruturas históricas apreendidas pela universalização da experiência individual jungida ao conhecimento dos fatos históricos e de seus vínculos, haveriam de ser obtidos pela dúvida metódica, cujo filtro possibilitaria o afastamento das contingências e a objetivação das permanências.¹³³

Como fundamento da possibilidade de semelhante esforço, Dilthey remonta à tendência natural de universalização presente no existir humano, verificada, exemplificativamente, na linguagem, nos costumes e nas formas jurídicas, construções

¹³⁰ DILTHEY, Wilhelm. A compreensão dos outros e das suas manifestações de vida. In: *Teorias da História*. Organização, introdução e comentários de Patrick Gardiner. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 268.

¹³¹ *Ibidem*, p. 270.

¹³² GADAMER, 2015, p. 323.

¹³³ *Ibidem*, p. 324.

resultantes da elevação do indivíduo acima de sua particularidade, sendo a própria tradição um exemplo da totalidade deste modo obrada.¹³⁴

A supressão das particularidades para o universal configuraria, para Dilthey, um traço comum entre as ciências do espírito e as ciências da natureza, porquanto, simetricamente, estas partiriam da observação dos fatos da natureza para a ascensão rumo a leis de causalidade universais. Por meio de tal raciocínio, Dilthey acreditou ter alcançado seu objetivo de fundamentar epistemologicamente as ciências do espírito.¹³⁵

Não obstante, o percurso teórico desfechado pelo pensador epigrafo enredou-se em incontestáveis aporias e contradições externas, nas quais se velava a reação da metodologia cartesiana diante da historicidade então teoricamente tematizada. A fundamentação primeira das ciências do espírito na historicidade do humano e em uma designada tendência natural de ascender às estruturas históricas universais a partir dos nexos vivenciais individuais contrastava com o emprego do artificioso método das ciências modernas para o cumprimento de seu escopo.¹³⁶

Se as ciências do espírito se caracterizavam pelo ser conscientemente um historicamente condicionado, soa absolutamente incoerente pretender tematizar essa historicidade em uma objetivação metódica pretensamente exterior a ela. A posse de si mesmo em uma elevação capaz de compreender a possibilidade de comportar-se historicamente somente admite consecução na história, em agir que parte do como da compreensão. Em sua busca pela segurança estabilizadora, diante da realidade assustadora da vida, Dilthey acorre à ciência moderna, quando apenas a sedimentação inserida na sociedade e na experiência da vida seria capaz de operá-lo.¹³⁷ Vale dizer, constata-se a inexorabilidade da imersão histórica do humano, mas, paradoxalmente, intenta-se a ela aplicar metodologia fulcrada precisamente em sua negativa.

Lado outro, os nexos históricos estruturais precedem sua teorização pelo indivíduo. Não se alcançam, igualmente, à maneira de uma reflexão objetivista matizada pela metódica cartesiana. O homem é, desde o instante originário do existir e sempre, lançado em tais campos vivenciais, de sorte que afirmar que deva ganhá-los como realidade consciente não equivale a consentir que a constituição mesma de tais campos decorra do procedimento proposto.

¹³⁴ DILTHEY, Wilhelm. *Introdução às ciências humanas: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 53.

¹³⁵ GADAMER, 2015, p. 324.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 321

¹³⁷ *Ibidem*, p. 322.

Não há como negar, entretanto, os ganhos para o pensamento hermenêutico derivados das reflexões diltheyanas. Conquanto ainda agrilhado ao *Aufklärung*, do que dá testemunho seu dualismo metodológico redundante em transposição inadvertida do cartesianismo para o saber histórico, Dilthey traz à fala importantes dimensões do fenômeno humano, destacando-se a historicidade do existir, merecedora de relevante releitura à luz da ontologia fenomenológica.¹³⁸

3.3.2 O círculo hermenêutico e a conceitualidade da compreensão

Ao desvelar a estrutura existencial da compreensão, Martin Heidegger acentua que, em razão de se encontrar desde sempre mergulhado em campos de sentido historicamente sedimentados na mundanidade, o *Dasein* apresenta uma estrutura ontológica compreensiva circular.¹³⁹ Porquanto a compreensão não é escolha, mas existencial humano, ao se chegar às coisas com o escopo de alcançar a sua significatividade, o *Dasein* o faz inevitavelmente a partir de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia.¹⁴⁰ A situação hermenêutica corporifica, exatamente, o plexo de pressuposições decorrentes do já estar desde sempre lançado no mundo por meio das quais o *Dasein* ek-siste e, conseqüentemente, compreende.

Distintamente do que se passa com outros autores, o círculo hermenêutico ostenta em Martin Heidegger um caráter virtuoso, e não vicioso. Partindo de uma concepção prévia, o *Dasein* se dirige às coisas e, abrindo-se para sua mostraçãõ na linguagem, revisa suas pressuposições à medida que o projeto compreensivo é contrastado pelo falar do *alter* que se almeja compreender.¹⁴¹ A tarefa hermenêutica consiste, portanto, em se acautelar contra a arbitrariedade das opiniões prévias, das intuições repentinas e dos hábitos de pensar imperceptíveis, abrindo ensanchas para que as coisas mesmas, ou os textos, complementa Gadamer, tragam a lume o que têm a dizer. A circularidade compreensiva consiste, destarte, na incessante revisão à qual o projeto prévio é submetido consoante se imerge no sentido penetrante das coisas.

Contrariamente ao que sustentava o *Aufklärung*, as pré-compreensões não consubstanciam impeditivos à compreensão, a serem olvidados pelo intérprete.¹⁴² Exsurgem,

¹³⁸ ORTEGA Y GASSET, Jose. *Goethe – Dilthey*. Madrid: Alianza, 1983, p. 143.

¹³⁹ HEIDEGGER, 2012, p. 431-432.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 427.

¹⁴¹ Ibidem, p. 433.

¹⁴² GADAMER, 2015, p. 360.

ao revés, como condições de possibilidade de todo compreender. Somente por meio delas é que o intérprete pode estabelecer um diálogo com as coisas, em constante reprojeto de sentido na tradição. Referidas antecipações, evocadas ao discurso, são confirmadas ou rechaçadas no dizer da coisa, num movimento compreensivo virtuoso capacitado a superar o mal-entendido.

Logo, aquele que não se conscientiza de suas pré-compreensões, dirigindo-se inadvertidamente às coisas com suas lentes, estará exposto ao mal-entendido derivado da imposição arbitrária das opiniões prévias¹⁴³ que, de manancial virtuoso no qual se lavra a compreensão, passam à corruptela de viseiras trevosas que impedem que a luz das coisas se irradie na clareira da linguagem.

Deste modo, o descrédito dos preconceitos protagonizado pelo *Aufklärung* ensejou ocorrência oposta ao desígnio mirado: pensando-se livre da tirania do pensar medieval, os intelectuais daquela época eram sub-repticiamente controlados pelas pré-compreensões subjacentes às metodologias científicas que abertamente empunhavam.¹⁴⁴ Vale dizer, o negar a conceitualidade de toda compreensão, paradoxalmente, redundava em curvar-se ao domínio absoluto e irrefletido delas, sob a pior forma de domínio existente: aquela na qual o dominado não possui consciência do estado de servidão perante seu senhor, cuja face não é capaz de vislumbrar.

É relevante observar, no entanto, que da ontologia da compreensão não decorre que seu acontecer ocorra, no mais das vezes, imunizado em face do mal-entendido. Para que a compreensão adequada se instale, imprescindível se revela uma atitude consciente do intérprete, consistente na elaboração de suas pré-compreensões. Elaborá-las significa trazer à consciência sua situação hermenêutica, porque, somente assim, é possível confrontá-las em face da coisa, precavendo-se contra os arbítrios do monologismo, cuja consequência fatal expressa-se no circuito fechado obstativo do perfazimento do círculo.

Não há segurança possível na compreensão senão na potencialidade veiculada pelos preconceitos de se confirmarem ou reelaborarem frente às coisas. Aqui se coloca, todavia, o problema de como garantir que isso ocorra diante de um texto, no qual o outro não está imediatamente presente para apresentar seus contra-argumentos e objeções, desafiando a reflexão do intérprete.

A estrutura compreensiva da questionabilidade, presente na dialética da pergunta e da resposta, talhada por Gadamer, será a solução encontrada para o aparente dilema, cujos

¹⁴³ GADAMER, 2015, p. 450.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 367.

argumentos serão explorados com mais vagar em tópico próprio. Por ora, cabe afirmar que é a aquisição de consciência sobre as pré-compreensões e seu questionamento perante a alteridade da coisa compreendida que salvaguardam o intérprete contra o mal-entendido. Impende, pois, afastar do processo compreensivo tudo aquilo que impeça o falar da tradição, isto é, a percepção de sua ininterrupta atuação sobre o compreender e a apropriação linguística da posição prévia na qual ela coloca o intérprete.¹⁴⁵

A elaboração de projetos prévios alternativos que se rivalizam perante a coisa mesma, por intermédio de um jogo de suscitações argumentativamente trabalhado pela consciência hermenêutica, operacionaliza a abertura do intérprete para o dizer da coisa e a consequente atribuição de plasticidade aos campos de sentido nos quais ele se encontra previamente imiscuído. Da cambiância confirmadora e negadora de cada um desses projetos colhe-se a luz de cuja incidência ressaí a mostração do compreendido, a ecoar na linguagem que sabe de si como morada inexorável do ser.

A legitimidade ou ilegitimidade dos preconceitos se assenta, portanto, não no fato de não possuí-los, o que é impossível, mas na (in)consciência das determinações de sentido por eles exercida. Preconceito legítimo, portanto, será aquele que vem à fala na consciência hermenêutica, trazido à linguagem pela abertura do intérprete para o dizer da coisa diante do reconhecimento da sua alteridade, reconhecimento esse que se traduz, precisamente, na convicção de que aquilo que se pensa inicialmente sobre ela não se identifica, em grande parte das situações, com o que ela realmente é.

Nessas razões, a superação do preconceito contra os preconceitos enfeixado pela filosofia moderna é *conditio sine qua non* para a liberação do caminho rumo à compreensão adequada da finitude, capaz de permitir o acesso à compreensão adequada desvelada pelas coisas¹⁴⁶. A racionalidade absoluta almejada pelos teóricos do esclarecimento é uma contradição performativa, visto que a razão não é dona de si mesma, porque originariamente referida ao mundo que a condiciona. Igualmente equivocado se afigura o historicismo de Wilhelm Dilthey, uma vez que, ao contrário do que afirmara, a história não pertence ao humano, é ele que desde sempre pertence à história.

¹⁴⁵ GADAMER, 2015, p. 359.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 360.

3.3.3 A reabilitação da autoridade e da tradição

Conforme já se afirmou no presente estudo, o grande embate travado pela filosofia moderna do método obrou-se perante a autoridade, alegorizada, notadamente, pelo Antigo Regime. Nestes termos, refugou-se qualquer possibilidade de a autoridade embasar a busca pela verdade ou, no campo hermenêutico, a consecução de uma interpretação adequada. Apenas poderia ser admitida como verdade a proposição que, submetida ao crivo do método, se apresentasse como indubitável e logicamente irrefutável. Noutras palavras: a única autoridade admissível seria aquela fulcrada no tribunal da razão, ao largo do qual nenhuma construção científica se apresentaria possível. Sustentava-se, pois, a existência de uma oposição absoluta entre autoridade e razão.¹⁴⁷

No campo hermenêutico, a permanência do referido entendimento é percebida nos escritos de Schleiermacher, para quem o mal-entendido decorre fundamentalmente de duas razões: a interpretação por precipitação e a interpretação por sujeição. A respeito desta última, trata-se de mal-entendido que procede das sujeições autoritativas sob cujo influxo o intérprete normalmente se encontra. Não se apercebe referido hermeneuta, porém, que, caso refletidas, tais sujeições podem se mostrar produtivas na confirmação do projeto compreensivo perante a mensagem veiculada pelo *alter* do texto. Poder-se-ia objetar que, ao se referir aos métodos divinatório e compreensivo, Schleiermacher teria previsto semelhante possibilidade, aduzindo às pré-compreensões. No entanto, certo é que a proposta deste autor não contemplou o caráter existencial dos preconceitos, laborando-os de modo puramente metodológico e aprisionado, quer à psique do autor, quer à dimensão filológica do texto. Não verificou o pensador em comento que os preconceitos traduzem algo que já se possui desde sempre, e não simplesmente algo que se adquire por um ato de vontade de interpretar o estranho.

Com efeito, o que Gadamer propugna é, precisamente, que também a autoridade pode ser fonte da verdade, sendo descabida sua negativa protagonizada pela filosofia do esclarecimento, dada sua influência sempre presente sobre os processos interpretativos. Na realidade, também a autoridade representa um ato da razão, atributivo de reconhecimento à superioridade da visão alcançada por algo ou alguém. Assim como procedem os alunos em face dos educadores, atribui-se, pela vivência, o reconhecimento de que os juízos do outro possuem primazia relativa em relação aos próprios, o que deflui do conhecimento de sua maior amplitude.¹⁴⁸ Não se cogita, portanto, de obediência cega e incondicional a uma ordem,

¹⁴⁷ Cf. KANT, 1988, p. 18.

¹⁴⁸ GADAMER, 2015, p. 371-372.

mas de atribuição sempre provisória, sujeita à refutação pela experiência hermenêutica, assente a liberdade que plasma o precitado ato atributivo, também frutificado da razão.

Como exemplo da atributividade racional que orienta o reconhecimento da tradição, Gadamer evoca o caso das obras clássicas.¹⁴⁹ Decerto, o clássico consiste naquilo que continua tendo algo a dizer, mesmo diante de toda distância histórica. Clássico é aquilo que se perenizou diante das cambiâncias gustativas e oscilações temporais, constituinte de significado imorredouro ante a finitude do existir humano. É algo intemporalmente histórico, resistente às críticas sofridas no decorrer dos tempos, sendo passado que fala como presente, em si já mediatizado para a existência atual, como se passa em relação às obras-primas literárias, tais como “Crime e Castigo” de Fiódor Dostoiévski ou “A Divina Comédia” de Dante Alighieri.

Dito isso, tem-se que a tradição consiste em uma autoridade que se tornou anônima, identificada com os campos de sentido sedimentados na historicidade linguística, a cujo poder o ser histórico e finito do *Dasein* se sujeita em sua compreensibilidade. A força da herança histórica que se reconhece produtiva e predisponente à prescritividade do agir imanta a tradição que, segundo Gadamer, é precisamente aquilo que tem validade prévia, sem precisar de fundamentação.¹⁵⁰ Isso não significa, reitere-se, que a tradição, em sua expressão autêntica, se mantenha por mera sujeição inercial franqueadora de sua persistência. O ato de conservação, assim como a cambiância revolucionária, constitui-se em ato de liberdade, sendo, portanto, racional.

A tradição não consubstancia algo que possa ser objetivado, como mera dimensão apartada do intérprete, qualificada de modo simplista como obra de transmissão intergeracional. O *Dasein* se encontra originariamente inserido em seu âmago e não é capaz de objetivá-la, porque se trata de algo que lhe pertence. É dizer, a tradição é vivenciada como algo próprio pelo humano, influenciando na determinabilidade de suas possibilidades existenciais. Trata-se do passado que é vivenciado como não-passado, algo que em si mesmo realiza a superação da distância histórica.¹⁵¹

Com efeito, inexistente um ponto arquimediano fora da tradição a partir do qual a verdade cartesiana possa ser contemplada. Nisso reside o equívoco da absolutização do método científico, haja vista que a ciência que se pensa isenta e elevada a uma universalidade

¹⁴⁹ GADAMER, 2015, p. 381.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 375.

¹⁵¹ Ibidem, p. 377.

racional asséptica compartilha bem mais do que imagina do pano de fundo tradicional, atuante sob a capa de ingenuidade da fé metodológica que opera sua ocultação.¹⁵²

Portanto, impende reconhecer a inevitabilidade da tradição no comportamento humano e perscrutar em toda extensão sua produtividade hermenêutica. Muito embora a compreensão deva sempre se orientar para a coisa mesma, esta somente adquire sentido e tem sua mostração possibilitada em razão da imersão em uma tradição compartilhada com o intérprete.

Consigne-se que a tradição não se define como algo monolítico, dotado de uma só voz a ditar os rumos do pensar humano. Em verdade, o panóptico tradicional verbera autêntica polifonia, em cujo cerne ecoam diversas vozes, coincidentes ou contraditórias, que se perenizaram como prescrição determinativa da compreensibilidade do aí.¹⁵³ Daí porque a compreensão inadmita redução que intente convertê-la em uma ação da subjetividade sobre o tempo histórico ou a psicologia do autor, como propuseram Dilthey e Schleiermacher. Impõe-se, portanto, repensar a teoria hermenêutica como prisma penetrante no acontecimento da tradição, em cujos veios se intermedeiam passado e presente vivenciados como próprios.

3.3.4 *A produtividade da distância temporal para a compreensão*

Schleiermacher fundou a possibilidade da compreensão na coetaneidade entre as constituições psíquicas do intérprete e do autor, circunstância que possibilitaria que aquele recriasse o caminho genético percorrido por este, em movimento pautado pela congenialidade. O círculo hermenêutico reveste-se, para o citado hermeneuta, de feição metodológica, operada na transição entre as partes e o todo à luz dos elementos psíquicos do autor e das dimensões gramaticais do texto.¹⁵⁴

Diferentemente, o círculo hermenêutico heideggeriano possui natureza ontológica, designando não um método, mas uma condição existencial humana, é dizer, as estruturas ontológicas presentes quando do acontecer da compreensão. Desta feita, a compreensibilidade não se arvora em uma comunhão de almas, artificialmente forjada no psiquismo autoral reproduzido pelo intérprete. O que possibilita a compreensão é, na verdade, a pertença a uma tradição comum, de cuja preconceitualidade o intérprete se abebera para fazer valer o que o texto tem a lhe dizer. O ganho do horizonte de sentido no qual a coisa se insere somente se faz

¹⁵² GADAMER, 2015, p. 374.

¹⁵³ Ibidem, p. 377.

¹⁵⁴ SCHLEIERMACHER, 1999, p. 43-44.

possível a partir da situação hermenêutica do intérprete, ancorada no horizonte maior compartilhado com aquilo que se busca compreender. Isto é, o deslocamento para a perspectiva em cujo cerne o *alter* conquistou sua opinião torna-se possível por intermédio da participação em um sentido comum talhado na tradição.

Frise-se que é a verdade da coisa que é buscada, e não a individualidade autoral. O texto não mais é visado como mera expressão de vida, senão considerado como portador de uma pretensão de verdade que deve ser levada a sério.

Dito isso, é de se notar que a vinculabilidade para com a coisa que se tenciona compreender realiza-se pela comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores, os quais tornam possível o ter de se haver com a coisa. Uma concepção prévia da perfeição, pautada no vislumbre antecedente de uma coerência portadora de um sentido unitário, é algo que permeia o processo compreensivo, ainda que, como dito, originariamente a tradição se sedimente de modo polifônico.¹⁵⁵

Postas essas premissas, tem-se que o movimento compreensivo traduz uma polaridade entre familiaridade e estranheza. Familiaridade que, subsidiada na pertença tradicional, possibilita o ter de se haver com a coisa e estranheza que, cônica da alteridade da coisa e das pré-compreensões com as quais a ela se dirigiu, permite o ecoar do dizer do outro compreendido, desencadeante do choque instalador do reprojeter hermenêutico.

Assim, a distância histórica, outrora alvejada como abismo a ser superado para que a interpretação se fizesse possível, é contemplada como possibilidade positiva e produtiva da compreensão, ao contrário do que supunha, por exemplo, o historicismo de Dilthey.¹⁵⁶

Em primeiro lugar, num sentido mais ortodoxo, a distância temporal entre o intérprete e o texto evita que o envolvimento pessoal com as opiniões que dominam o presente obscureçam o sentido mostrado pela coisa, degenerando a compreensão em reprodução acrítica do falatório mediano. A morte do interesse pessoal pelo objeto, diz Gadamer, franqueia assim um lidar mais receptivo à valência própria do ser da coisa.¹⁵⁷

Noutro norte, de maior relevo se apresenta a segunda dimensão significativa descortinada pela distância temporal.¹⁵⁸ Apenas ela possibilita a expressão completa do verdadeiro sentido existente na coisa, o que de nenhum modo significa a esgotabilidade de seus campos de sentido, considerada a infinitude do velamento e desvelamento do ser dos

¹⁵⁵ GADAMER, 2015, p. 389.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 393.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 395.

¹⁵⁸ Ibidem, loc. cit.

entes. Aludida potencialidade do distanciamento histórico se apresenta sob uma perspectiva negativa e outra positiva.

Em seu aspecto negativo, o distanciamento temporal permite a filtragem dos preconceitos que guiam a compreensão da coisa, distinguindo, ao longo da sedimentação histórica obrada na tradição, os preconceitos verdadeiros, que se confirmam no interpretado, dos falsos, por ele desditos.¹⁵⁹

Por outro giro, em sua dimensão positiva, a distância histórica libera a aquisição de novos preconceitos que, inscritos na tradição formada e em incessante formação, conduzem a uma compreensão correta. Torna-se possível ao intérprete destacar os preconceitos norteadores do acesso ao projeto compreensivo, suspendendo sua validade e elaborando-os como uma opinião distinta, a ser colocada em jogo e provocada pelo encontro com a tradição e com o *alter* que o interpela.¹⁶⁰

A questionabilidade dos próprios preconceitos diante da alteridade da coisa é oportunizada pela estrutura hermenêutica da pergunta, cujo movimento abre e mantém aberta as possibilidades de mostraçã do interpretado, ao colocar em jogo as pré-compreensões do intérprete em face dos campos de sentido descortinados pela reflexividade tradicional sobre o texto. Impende, portanto, interrogar a legitimidade das próprias pré-compreensões diante daquilo que a coisa tem a dizer, colocando em jogo seu próprio ser em face da tradição.¹⁶¹

Em síntese, a hermenêutica não pode ignorar a historicidade da compreensão, sendo impossível tratar a tradição como um objeto, porquanto já se está, desde sempre, inserido nela, submetendo-se aos efeitos de seu inevitável influxo.

3.3.5 *O princípio da história efetual e os horizontes hermenêuticos*

Ao aduzir ao princípio da história efetual, Gadamer remete à constatação de que o indivíduo sempre está a sofrer os efeitos da historicidade na qual se insere. A compreensão, portanto, tanto em sua possibilidade como em seus limites, esta sujeita aos efeitos da tradição, esteja ou não o intérprete consciente disso. Deste modo, mesmo sob o império da fé metodológica e a conseqüente ingenuidade de se pensar imune às injunções dos preconceitos,

¹⁵⁹ GADAMER, 2015, p. 395.

¹⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁶¹ Ibidem, p. 396.

os efeitos históricos se impõem, arrebatando invisivelmente aquele que dessa forma almeja atingir a verdade.¹⁶²

Decerto, a própria mostraç o de um problema e a considera o de algo como merecedor de reflexão hermenêutica   determinada pela historicidade. De outra parte, os limites da compreensão possível são estabelecidos pela tradi o na qual se encontra imerso o intérprete.¹⁶³

A busca pela compreensão correta deve partir, portanto, da adequada elabora o da situa o hermenêutica. Incumbe ao intérprete adquirir consciência dela, ascendendo ao arcabouço preconceitual que norteia sua mirada sobre o mundo.¹⁶⁴ O conceito de situa o hermenêutica, em Gadamer,   assim definido porque o termo situa o expressa a circunstância de o falante já se encontrar nela, e não diante dela, motivo pelo qual sua tematiza o como objeto se revela impossibilitada. A elucida o da situa o hermenêutica, imprescindível   compreensão, será sempre incompleta, porquanto impossível o escape ao influxo da historicidade para analisá-la. Assim, a aquisi o de consciência sobre os preconceitos e campos de sentido sedimentados que orientam o olhar do intérprete para a coisa dar-se-    maneira de superposi o: alcança-se a situa o hermenêutica pela situa o hermenêutica, em superposi o de historicidades, sendo impossível abandonar o ponto de vista no qual se encontra para contemplá-lo como *tertium*, uma vez que ele ininterruptamente já   meu.¹⁶⁵

Com esteio nessas reflexões, emerge o conceito de horizonte hermenêutico, entendido por Gadamer como o âmbito de visão que delimita o que pode ser visto a partir de um determinado ponto situacional.¹⁶⁶ A compreensão adequada, portanto, necessita da obten o de um horizonte hermenêutico adequado   interroga o dos problemas que se apresentam diante da tradi o. Logo, certo   que o atingimento do horizonte histórico adequado   mostra o da coisa constitui uma exigência do processo interpretativo, mas   necessário compreender como e em que medida isso ocorre.

Não se trata de um mero deslocamento a outro horizonte sob o qual jaz a coisa compreendida. Os horizontes hermenêuticos não se apresentam fechados e, mais importante do que isso, estão em constante mobilidade e forma o.¹⁶⁷ Na verdade, o que há   um  nico

¹⁶² GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradu o de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 71.

¹⁶³ GADAMER, 2015, p. 397.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 399.

¹⁶⁵ GRONDIN, 2003, p. 146-149.

¹⁶⁶ GADAMER, 1977, p. 39.

¹⁶⁷ GADAMER, 2015, p. 402-403.

horizonte compartilhado na tradição, em incessante devir, sendo sua designação plural apenas a especificação das vivências singulares de suas determinações existenciais. O horizonte hermenêutico do outro, portanto, já é meu em potência, porque compartilhado na tradição que a ambos envolve, como afirma Gadamer:

Quando nossa consciência histórica se transporta par horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada têm a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como horizonte e tradição. [...] Esse ato de deslocar-se não se dá por empatia de uma individualidade com a outra, nem pela submissão do outro aos nossos próprios padrões. Antes, significa sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro. O conceito de horizonte torna-se interessante aqui porque expressa essa visão superior e mais ampla que deve ter aquele que compreende. Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos.¹⁶⁸

Destarte, a designação do perfazimento do processo compreensivo como fusão de horizontes denota a necessidade de se evitar a ocorrência de uma mera assimilação entre a situação hermenêutica imediatamente vivida pelo intérprete e o texto.¹⁶⁹ Noutras palavras: impende efetuar um destaque das próprias pré-compreensões e da alteridade do texto, vislumbrando-o como um outro, a fim de que possa falar por si. Conquanto ontologicamente se passe, na verdade, uma superposição de historicidades, com o ganho de uma universalidade já vivida na singularidade do intérprete, o termo fusão de horizontes realça a importância de a consciência hermenêuticamente orientada manter-se sempre em vigília, obstando a precipitada imposição arbitrária dos próprios preconceitos sobre aquilo que se pretende compreender.¹⁷⁰

Todo horizonte histórico traz em si a possibilidade de sua ampliação, encontrando-se em incessante reformulação na tradição, dado o caráter ontológico do círculo hermenêutico.¹⁷¹ Daí porque é possível ao intérprete, que sempre contempla os problemas a partir de determinado ponto restritivo de suas possibilidades de entendimento e ausculta da mensagem

¹⁶⁸ GADAMER, 2015, p. 402-403.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 404.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 405.

¹⁷¹ ZUCKERT, Catherine H. Hermeneutics in practice: Gadamer on ancient philosophy. In: *The Cambridge Companion to Gadamer*. DOSTAL, Robert J. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 206.

comunicada, ampliar seu campo de visão, alcançando o campo existencial adequado à mostraçõ do sentido velado na linguagem.

O que importa é, decididamente, conscientizar-se das relações corretas entre si e o historicamente outro, mobilizando o horizonte hermenêutico do presente a ponto de galgar o vislumbre da alteridade, processo que funda sua possibilidade no pertencimento a uma tradição comum.

3.3.6 A ética aristotélica e o problema da aplicação

A recuperação da ética aristotélica foi curial para a reconstrução da hermenêutica proposta por Gadamer a partir das bases ontofenomenológicas de Heidegger. Decerto, a apropriação de seu modo de pensar pela teoria hermenêutica elucida a inseparabilidade entre a compreensão e a aplicação, desvelando a centralidade desta no modo de ser daquela.

Na “Ética a Nicômaco”, Aristóteles alude à importante distinção existente entre o saber teórico e o saber prático, neste encontrando-se albergada a ética. Diversamente de seu antecessor Platão, o filósofo estagirita salienta que, para o agir ético, não basta o conhecimento perfeito da ideia do bem e das correlatas ideias das virtudes. O saber prático somente se adquire e se desenvolve pela prática. É pelo agir justo que o homem se torna e se define como justo, sendo inócua o conhecimento da respectiva ideia de justiça, ela própria somente concebível pelo vislumbre da conduta justa.¹⁷²

Ademais, o saber ético se diferencia do saber teórico noutra sentido, qual seja, o da menor exatidão de suas proposições. As considerações sobre o agir correto não se dão como na geometria, possuindo maior elasticidade, apresentando flutuações e cambiâncias de acordo com as situações que desafiam a reflexão ética. Nesse sentido, enquanto o saber teórico, próprio às ciências naturais, labora com a ideia de *episteme*, o saber ético parte da noção de *phronesis*, consistente na ponderação reflexiva diante da concretude do agir ético.¹⁷³

De maior relevo, ainda, é a discrepância esposada por Aristóteles entre o saber técnico e o saber ético. Por certo, a técnica parte de um conhecimento teórico para a realização de um fim concreto. O produto visado pela técnica é passível de exata e integral determinação na idealidade projetada antes de sua concreção. Idêntica constatação não se faz observar em relação ao saber ético. Neste, a singularidade das situações fáticas que o reclamam e,

¹⁷² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 67.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 50.

principalmente, o fato de que, sempre e desde o princípio, ele envolve quem se põe a refleti-lo impedem tal determinação de meios e fins. Assim, afirma Aristóteles, o homem não pode lidar com seu agir como faz o artesão em relação à escultura.¹⁷⁴ O saber ético é, portanto, um saber-se, ou saber de si. Em síntese: trata-se de saber que somente se realiza na concretude fática de seu agir, cujo modo reflexivo é a *phronesis*, não se pautando pela *episteme*, e que se apresenta sempre como saber-se, impedindo o recebimento de tratativa determinística de meios e fins, como se passa em relação aos produtos da *téchne*.

Avançando em seu estudo sobre a ética, a obra aristotélica fornece outra profícua inspiração para a reflexão hermenêutica, constante nos parágrafos referentes à justiça e, mais especificamente, à equidade. Ao aduzir à justiça como ancorada na ideia de igualdade geométrica, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, Aristóteles impõe a exigência de que a realização da justiça observe, em cada caso, as peculiaridades das posições individuais postas em jogo na situação prática, o que afasta, de largada, a possibilidade de que sua definição ocorra em antecedência abstrata.¹⁷⁵

Não é só. Sobre as leis, diz Aristóteles que sua realização somente se opera diante da singularidade do problema concreto que reclama sua intervenção, de sorte que a aplicação das leis sempre exige o exercício da equidade, atinente ao abrandamento do rigor legal em face da concretude a ele reportada.¹⁷⁶ O estagirita evoca a metáfora da régua de Lesbos, que a tudo se amolda, tomando a forma daquilo que com ela entra em contato, para realçar que o mesmo se passa com as leis, as quais, do mesmo modo, tomam a forma do caso concreto a fim de se realizarem.¹⁷⁷ Do contrário, não fosse a mediação operada pela equidade, as leis se desgarrariam de seu objetivo gerador, a saber, a feitura de justiça. Porquanto fórmulas gerais, desconectadas do saber prático ao qual servem, desdobrá-las diretamente aos casos concretos conduziria à suma justiça, daí derivando o vetusto brocardo: “*Summum ius, summa iniuria*”. O exercício da aplicação das leis afigura-se, portanto, como um exercício fronético (*phronesis*) mediado pela equidade, sendo certo que as leis somente se realizam diante das situações práticas.¹⁷⁸

Ressalte-se que mesmo a reflexão ética obrada como teoria é, para Aristóteles, essencialmente prática e inescapavelmente vinculada à concretude, expressando, sempre, um

¹⁷⁴ ARISTÓTELES, 1991, p. 144.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 125-127.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 136.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 136-137.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 145.

exercício de aplicação. Por intermédio da análise ilustrativa da situação de um amigo que aconselha alguém sobre como se portar diante de determinado problema, Aristóteles afirma que isso só é possível mediante a representação da situação fática vivida. Deste modo, mesmo no pensar, em princípio, descolado da imediatidade de saber como agir aqui e agora, a reflexão ética é aplicativa, valendo o que se disse sobre a distinção entre o saber prático e o saber teórico.¹⁷⁹

A concepção da ética como saber-se implica constatar que, independentemente de sua vontade, o homem se vê defrontado incessantemente com o questionamento sobre como agir, impondo-se a reflexão fronética a desencadear um juízo de prudência acerca do modo de se portar diante de um problema prático, cuja singularidade inadmite mera abordagem técnica (*téchne*).

3.3.7 A universalidade da “*applicatio*” e o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica

Estabelecidas as premissas do pensamento aristotélico sobre a ética, cabe retornar a Gadamer, buscando averiguar como tais reflexões serviram de paradigma para a refundação teórica da hermenêutica a partir do caráter ontológico da compreensão.

Em recuperação do exame sobre as hermenêuticas teorizadas pelo romantismo e pelo historicismo, Gadamer observa que ambas se ativeram à imbricação entre compreensão e interpretação, olvidando-se do problema da aplicação.¹⁸⁰ É de Schleiermacher o mérito de observar que compreensão e interpretação são faces de uma mesma moeda. A interpretação se apresenta como a exteriorização da compreensão, isto é, como explicitação daquilo que foi compreendido pelo intérprete. O prendimento à estética do gênio e a abordagem da interpretação como um movimento congenial dirigido à recriação do percurso autoral, contudo, impediram que Schleiermacher observasse a centralidade da *applicatio*.

Nisso reside, destarte, a produtividade da recuperação da ética aristotélica para a hermenêutica. Assim como ocorre em relação ao saber prático, a compreensão é sempre um saber-se e, sendo-o, implica sempre uma realização de sentido concretizante por parte daquele que compreende. Dada a inevitabilidade do existir na tradição, bem como a incidência da história efetual, a compreensão somente acontece a partir da situação hermenêutica descortinada a partir da historicidade linguística do intérprete.¹⁸¹ Por isso mesmo, a fusão de

¹⁷⁹ ARISTÓTELES, 1991, p. 147.

¹⁸⁰ GADAMER, 2015, p. 406-407

¹⁸¹ Ibidem, p. 432.

horizontes hermenêuticos expressa a aplicação do sentido desvelado a partir da coisa à atualidade vivenciada pelo intérprete, isto é, à significatividade de seu presente.

Não há como compreender sem aplicar, precisamente porque é impossível existir fora da tradição, inscrita na morada do ser que é a linguagem. A vinculação inseparável entre ser e interpretar obsta a cisão entre os, assim denominados, “momentos” da compreensão. Compreensão, interpretação e aplicação são dimensões incindíveis de um mesmo fenômeno. Todo compreender é já um aplicar, de sorte que, por mais essa razão, mostra-se artificiosa a absolutização do método científico da modernidade empunhada pelo *Aufklärung*.¹⁸²

Incabível, portanto, a teorização da interpretação como um saber puro, desgarrado do ser. Aquele que trata da compreensão não pode fazê-lo de modo objetivante, porquanto se encontra diretamente atingido pelo pretense objeto de sua reflexão.

Em face do exposto, Gadamer atenta para o significado paradigmático da hermenêutica jurídica. Como já se podia intuir a partir de Aristóteles, a atividade do jurista é sempre concretizadora dos textos legais e a norma jurídica apenas existe diante de sua referibilidade aos casos concretos que desencadeiam sua incidência. Noutras palavras: o sentido das leis somente se perfaz em face da concretude aplicativa, seja no mister jurisdicional, seja no âmbito dogmático.¹⁸³ A diferenciação entre dogmática jurídica e *práxis* é, portanto, meramente de pretensão, pois ambas, sujeitas à história efetual, veiculam aplicação da legalidade apreciada.¹⁸⁴

Tampouco se pode estabelecer uma diferença essencial entre a atuação do jurista e o pensamento do historiador jurídico. A relação de ambos para com a normatividade tem em vista sua aplicação no presente da situação hermenêutica na qual se inserem. Daí deriva, portanto, uma das críticas de Gadamer ao seu contemporâneo Emílio Betti.¹⁸⁵

Com efeito, o hermeneuta e jurista italiano diferenciava os tipos de interpretação a partir de sua função. O primeiro tipo correspondia à interpretação com função meramente cognitiva, cujo propósito é tão somente o de conhecer o sentido do texto. A segunda espécie interpretativa, por seu turno, consiste na interpretação reprodutiva, a qual objetiva levar outrem ao entendimento do sentido veiculado. Finalmente, tem-se a interpretação normativa, própria ao Direito, que se diferencia das duas anteriores por visar à regulação do agir humano. Sobre a mencionada classificação, leciona Megale:

¹⁸² GADAMER, 2015, p. 437.

¹⁸³ Ibidem, p. 432-433.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 433.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 427-428.

A sua obra comporta, assim, uma parte geral, aplicável às ciências do espírito, secundada por outra, especializada, na qual se contempla uma tipologia hermenêutica composta de três tipos de interpretação, assim dispostos:

A) Interpretação em função meramente cognitiva: interpretação filológica, interpretação histórica e interpretação técnica em função histórica;

B) Interpretação reprodutiva ou representativa: tradução e interpretação em função reprodutiva (interpretação dramática e interpretação musical);

C) Interpretação em função normativa: interpretação jurídica, interpretação em função normativa (interpretação teológica, interpretação psicológica em função prática).

Betti adotou como critério para a classificação dos diversos tipos de interpretação a função à qual cada uma se destina. No grupo A, a interpretação tem a função de obter entendimento como fim em si mesmo. No grupo B, a interpretação volta-se para a reprodução e a representação do que foi entendido: a sua função é fazer entender. Finalmente, no grupo C, o entendimento é preordenado para o fim de regular o agir.¹⁸⁶

Gadamer objeta em relação à classificação de Betti que a ela estaria subjacente a falsa concepção segundo a qual somente na interpretação normativa o problema da aplicação se verificaria presente, sendo certo que, diante da historicidade linguística que matiza todo compreender, a aplicação é essencial a qualquer espécie interpretativa.¹⁸⁷

Igualmente, na seara jurídica, mostra-se equivocada a cisão entre o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto. Conforme Gadamer, ambos integram um fenômeno unitário, pois, se é verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma, também o é o fato de que referido conteúdo significativo somente é determinado em relação ao caso que desafia sua aplicação. Nessas razões, assevera Gadamer:

A hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente.¹⁸⁸

Logo, considerando que o acesso ao ente visado pela compreensão somente é possível por intermédio do horizonte hermenêutico do intérprete, toda interpretação, tendo em vista a fusão horizontica na tradição linguisticamente sedimentada, expressará a atribuição de concretude atualizadora ao interpretado, configurando, por isso mesmo, um inevitável ato de

¹⁸⁶ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A teoria da interpretação jurídica: um diálogo com Emilio Betti*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 91, p. 145-170, jan-jun, 2005, p. 146-147.

¹⁸⁷ GADAMER, 2015, p. 429-430.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 430-431.

aplicação. Diante disso, a hermenêutica jurídica assume um significado paradigmático para a hermenêutica geral, dada a universalidade ontológica do fenômeno aplicativo.¹⁸⁹

Ante a constatação de que a pertença a uma tradição compartilhada é condição que torna possível a compreensão, a aplicação do Direito implica um ato de concretização do ordenamento positivo por parte do julgador, o qual parte da premissa inafastável da igual vinculação de todos ao cipoal normativo posto. Nesses termos, é precisamente a comunhão estabelecida na tradição que garante a segurança jurídica, dado que qualquer ato de concretização jurídica estará sujeito à crítica diante do sentido atual das normas jurídicas aplicadas, em juízo argumentativo que parte da copertença entre textos legais e intérpretes à tradição linguisticamente compartilhada.

A influência da situação hermenêutica do intérprete sobre a compreensão, fato inevitável e, nesse sentido, caracterizador da contradição insuperável na qual incorre a metodologia da modernidade, deixa de ser um problema para se erigir como condição de possibilidade da controlabilidade argumentativa dos processos aplicativos do Direito.

O desempenho produtivo hermenêutico do intérprete, no entanto, se acha contido pelos limites impostos pelo teor literal das normas jurídicas, porquanto a alteridade da coisa mesma, nele expressa, se impõe ao horizonte do intérprete de sorte a refutar suas pré-compreensões ilegítimas ante o ser que se desvela na linguagem. Desta feita, a positividade jurídica e a contenção determinada pelo programa normativo reflete a inegável manifestação da intencionalidade na concretização do Direito, a rechaçar qualquer intento de vincular o concretismo, que, frise-se, expressa muito mais ontologia do que doutrina exegética, à suposta causação de insegurança jurídica.

3.3.8 A negatividade da experiência hermenêutica e sua estrutura dialética

O problema nuclear descerrado pela consciência da história efetual assenta-se sobre as condicionantes impostas pela impossibilidade de elevar-se por sobre a situação hermenêutica da qual se conscientiza, pensando-a como objeto. Daí porque sua devida consideração há de pensá-la, sempre, como experiência, sendo esta o reflexo perfeito de sua ontologia.¹⁹⁰

Por certo, a pura subjetividade do ego nunca se dá efetivamente como tal, aparecendo como uma idealização da linguagem que, queira ou não, encontra-se coimplicada em toda a

¹⁸⁹ GADAMER, 2015, p. 446.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 447.

aquisição de experiência, mormente em face da atuação incessante da pertença do eu individual a uma comunidade linguística.¹⁹¹ Desta feita, inexistente qualquer posição que não esteja inserida na reflexividade da consciência que vem a ser ela mesma.¹⁹²

Afirmar que a consciência da história efetual caracteriza-se como experiência significa dizer que ela está sempre a se atualizar na cambiância das observações individuais, sendo impossível conhecê-la como universalidade prévia.¹⁹³ Noutras palavras: a experiência hermenêutica é marcada por evidente provisoriedade, valendo até que seja sucedida por outra experiência que a refute, descrevendo mais apropriadamente o ente mirado.

Assim, a experiência hermenêutica consubstancia essencialmente um processo negativo, ostentando caráter dialético. Seu acontecer revela algo que, até então, não se havia vislumbrado corretamente, franqueando um saber mais amplo e elevado sobre o universal. Em seu bojo, as falsas universalizações são constantemente refutadas pela negatividade que dela dimana.¹⁹⁴

Nesse sentido, a experiência hermenêutica é, essencialmente, a frustração das expectativas projetadas pelo intérprete sobre o texto, decorrendo dessa negatividade o acontecer da compreensão adequada.¹⁹⁵ Por essa razão, é imperiosa a assunção de uma postura de humildade hermenêutica por aquele que intenta compreender algo com acurácia, conscientizando-se o intérprete dos limites estabelecidos por sua incontestável finitude histórica, a qual conduz sempre à provisoriedade do saber adquirido.

Destarte, porque a tradição é linguagem, ela fala por si mesma, inadmitindo dominação por parte do intérprete. Qualquer tentativa em tal sentido estará fadada ao insucesso, com a conseguinte instalação do mal-entendido.¹⁹⁶ Daí porque ao desiderato congênito da hermenêutica romântica subjaz, em termos heideggerianos, uma forma decaída de cuidado, figurando a persecução do sentido originário do texto como preocupação substitutiva, que sufoca as pretensões da coisa de dizer por si mesma.¹⁹⁷ Deste modo, pontifica Gadamer:

Aquele que está seguro de não ter preconceitos, apoiando-se na objetividade de seu procedimento, e negando seu próprio condicionamento histórico, experimenta o poder dos preconceitos que o dominam incontroladamente como uma *vis a tergo*.

¹⁹¹ GADAMER, 2015, p. 455.

¹⁹² Ibidem, p. 450.

¹⁹³ Ibidem, p. 453.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 460.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 461.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 467.

¹⁹⁷ HEIDEGGER, 2012, p. 353.

Aquele que não quer conscientizar-se dos preconceitos que o dominam acaba se enganando sobre o que se revela sob sua luz.¹⁹⁸

Para a compreensão adequada, impõe-se considerar o interpretado como um tu, deixando valer suas próprias pretensões, em preocupação antepositiva liberadora da mostração de sua verdade.¹⁹⁹ A abertura hermenêutica para o outro significa que o intérprete deve deixar valer contra si os campos de sentido por ele desvelados, ainda que não haja, efetivamente, um outro materialmente postado em face dele.²⁰⁰ A consciência do horizonte histórico-linguístico condicionante da compreensão realiza-se, pois, na comunidade de experiências em que se vislumbra o intérprete experimentado, e não na ingenuidade da certeza metodológica apregoada pelo esclarecimento.²⁰¹

3.3.9 A dialética de perguntas e respostas como caminho para a compreensão adequada

Hans-Georg Gadamer encontra na dialética platônica o caminho para a persecução da compreensão adequada. A *docta ignorantia* do Sócrates platônico, assentada na constatação de que o sumo saber é o conhecimento da própria ignorância, animou a construção dialógica das reflexões de Platão, sempre veiculadas a partir de sucessivas perguntas e respostas sobre o problema posto, nas quais as premissas inicialmente lançadas são refutadas e confirmadas, aproximando os pensadores das concepções mais apropriadas sobre o objeto discutido.

Interrogar adequadamente as coisas consiste, igualmente, no verdadeiro norte para a consciência hermenêutica. Perguntar é sempre mais difícil que compreender, exigindo um movimento de abertura do intérprete para o que o texto tem a lhe dizer, fato que pressupõe a aquisição de ciência sobre sua situação hermenêutica e as correlatas pré-compreensões que a imantam. Ao mesmo tempo em que abre possibilidades, a pergunta delimita a compreensão possível sobre a coisa situada no horizonte compartilhado da tradição, sendo o pressuposto antes apontado condição indispensável para o perguntar desvelador.²⁰²

A pergunta propicia decidibilidade sobre o problema hermenêutico que desafia o intérprete. Nesse sentido, expressa a dialética do sim e do não. Diante do constante aflorar das expectativas de sentido do intérprete à fala e das sucessivas negações descortinadas pelos campos de sentido desvelados pelas coisas, a compreensão adequada radica-se na apuração da

¹⁹⁸ GADAMER, 2015, p. 471.

¹⁹⁹ HEIDEGGER, 2012, p. 355.

²⁰⁰ Cf. MEGALE, 2013, p. 334.

²⁰¹ GADAMER, 2015, p. 472.

²⁰² Ibidem, p. 473.

preponderância dos argumentos esposados como suportes de uma possibilidade interpretativa e em desfavor da outra.²⁰³ Isso não basta, porém. É necessário que se mostre a incorreção dos argumentos contrários à possibilidade interpretativa alcançada, com a dissolução das instâncias contrárias ao sentido encontrado. Trata-se de considerar detidamente todos os argumentos apresentados como sim e não de cada possibilidade interpretativa expectada, refutando-os em face do trazer à fala do interpretado por meio da linguagem historicamente embebida.²⁰⁴ Novamente, o modelo ofertado pela dialética platônica afigura-se profícuo: nele, impunha-se aos interlocutores o ônus de refutar cada objeção às teses por eles defendidas. Mais do que isso, cabia trazer à fala todas as razões e contrarrazões possíveis para as soluções prefiguradas para os problemas postos, alcançando-se, assim, a elevação acima da mera *doxa*.

O processo hermenêutico adequado, hábil ao afastamento do mal-entendido, apresenta, portanto, a estrutura de um diálogo, a partir do qual se permite que o outro fale na linguagem tradicionalmente compartilhada, em interrogação da coisa que abre as possibilidades significativas descerradas por seu horizonte hermenêutico, com a refutação e confirmação a partir do sim e do não, cuja síntese dialética é a resposta hermeneuticamente adequada, sempre provisória, porém, porque fruto da experiência.²⁰⁵ Sobre o significado da conversa como arquétipo do modo de ser da compreensão adequada, assevera Gadamer:

Levar adiante uma conversa significa voltar-se na direção do tema que orienta os interlocutores. Requer não abafar o outro com argumentos, mas ponderar realmente a importância objetiva de sua opinião. Assim o diálogo se caracteriza como a arte de ir colocando à prova. Mas essa arte de ir colocando à prova é, no fundo, a arte de perguntar, visto que, como mencionamos, perguntar significa colocar algo em suspenso e aberto. Opondo-se à rigidez das opiniões, o perguntar põe em suspenso o assunto com suas possibilidades. Aquele que possui a “arte” de perguntar sabe defender-se da tendência da opinião comum em reprimir a interrogação. Quem possui essa arte irá, ele mesmo, buscar todos os argumentos a favor de uma opinião. A dialética não é a tentativa de atingir o ponto fraco daquilo que foi dito. Ela busca, antes, atribuir-lhe sua verdadeira força.²⁰⁶

O acontecimento da fusão de horizontes impescinde, portanto, do trazer-à-fala do tu corporificado pelo texto interpretado, colocando em suspenso as próprias pré-compreensões, em pergunta orientada por uma dialética que considera devidamente cada ponto de vista, em todos os seus contornos argumentativos, alcançando, portanto, uma visão superior e mais

²⁰³ GADAMER, 2015, p. 475.

²⁰⁴ Ibidem, p. 476.

²⁰⁵ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Uma recordação da retórica no Fedro de Platão ou a força de resposta do discurso juspolítico inspirado na idéia de justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 98, p. 337-360, jul-dez, 2008, p. 345.

²⁰⁶ GADAMER, 2015, p. 479.

ampla possibilitada pela mostração da coisa, em expansão do horizonte histórico-linguístico do intérprete. A esse respeito, confira-se o que escreveu Gadamer:

Isso porque a dialética de pergunta e resposta que expusemos acima apresenta a relação da compreensão como uma relação recíproca semelhante à relação que se dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos só nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa pessoal, mas se refere, por sua vez, como pergunta, à resposta latente no texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência dotada de experiência histórica está aberta para a experiência da histórica. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.²⁰⁷

Maria Helena Megale esclarece que a ausência física do outro não configura obstáculo para o estabelecimento do diálogo hermenêutico. Em linha argumentativa sobremodo valiosa para a decisão judicial, tendo em vista que, especialmente no bojo dos processos coletivos e das denominadas ações objetivas, nem sempre todos os interessados podem manifestar-se diretamente nos autos, a autora alude à dualidade intrínseca propiciada pela abertura compreensiva:

Na ausência física, o texto faz-se ponte onde uma e outra se buscam na mensagem daquele. Há também o diálogo dentro do sujeito, ele consigo mesmo, pois o eu são eu e tu, como reconhecem a consciência e as ciências. Não será a ausência de outrem que, imediatamente, fará o homem renunciar à fala. Esta dar-se-á na solidude do sujeito, ele consigo mesmo. Diversos são os impulsos a provocar a dualidade intrínseca, que pode restar do desejo frustrado de interlocução, da opção de consultar a verdade interior, que se revela a cada um, segundo a sua boa ou má vontade; pode ser suscitada por vários fatores ainda, como o sentimento de culpa diante do *alter ego* e o gozo, no êxtase. Há sempre motivos para o diálogo consigo mesmo. [...] O diálogo silencioso da alma é sempre possível, dele podendo surgir as melhores atitudes éticas. Pode o homem captar a verdade interior, como diz Santo Agostinho, na doutrina do *verbum cordis*, vendo-se diante do amigo, assim porque o amigo é outro eu, como se vê na *Ética a Nicômaco*, então no eu também está o outro. O homem, ser relacional, é vocacionado para o diálogo, ainda que este se dê entre o eu locutor e o eu ouvinte, no arremedo da pluralidade, mas na singularidade preservada do sujeito que pensa e atualiza a palavra.²⁰⁸

A reconquista dos conceitos do passado histórico imantado na tradição, de sorte que contenham também o próprio conceber do intérprete, processo definido por Gadamer como

²⁰⁷ GADAMER, 2015, p. 492.

²⁰⁸ MEGALE, 2013, p. 335.

fusão de horizontes, alcança sua possibilidade no deixar-se ser interpelado pelo texto, cuja operabilidade ocorre por meio da dialética de perguntas e respostas, acima apresentada.²⁰⁹

Como se percebe, a busca pela compreensão adequada e o conseqüente afastamento do mal-entendido pressupõem uma atitude positiva do intérprete, um caminho a ser forçosamente percorrido por ele. Isto é, da consciência da ontologia da compreensão não decorre automaticamente que esta se perfaça sempre de modo escorreito. Exige-se, ao revés, uma atuação do intérprete em determinado sentido, balizada pelos lineamentos antes dissecados. Logo, por mais essa razão, há que se relativizada a crítica de Gadamer ao método, a qual, como já afirmado, é crítica a um método, ou, dito de modo mais preciso, à sua absolutização.²¹⁰

Essencial é, portanto, não rechaçar em absoluto toda e qualquer reflexão metodológica, mas cuidar de não depositar nela o habitáculo da verdade. Ao traçar a dialética da pergunta e da resposta, Gadamer não delinea arbitrariamente um método, tampouco tenciona desenhar um modelo arvorado na pura racionalidade. Em verdade, o hermeneuta em apreço observa, em primeiro lugar, o modo como as compreensões adequadas geralmente ocorrem, perfilhando uma análise ontológica. De tal análise, deduz um caminho orientador para a compreensão adequada, afinado com seu modo de ser. A ontologia antecede, portanto, a metódica, aqui tratada no sentido de caminho, e não, reiterar-se, no absoluto de sua elaboração pelo racionalismo cartesiano.

3.4 A linguisticidade da experiência hermenêutica

A constatação da linguisticidade da experiência hermenêutica repousa no fato de que a existência humana é constituída linguisticamente.²¹¹ É na linguagem que o homem tem o mundo, diferenciando-se dos demais entes, cujo mundo é circunvizinho.²¹² Como afirmou Heidegger, a linguagem é a morada do ser.²¹³ Referidas observações assumem especial relevo para o desiderato reconstrutivo da teoria hermenêutica.

Em primeiro lugar, urge assinalar o equívoco no qual se enredou a teoria instrumentalista dos signos. Para a mencionada vertente de pensamento, os signos linguísticos

²⁰⁹ MARSHALL, Donald. G. On dialogue: to its cultured despisers. In: KRAJEWSKI, Bruce. *Gadamer's repercussions: reconsidering philosophical hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 2004, p. 123-126.

²¹⁰ GRONDIN, 2003, p. 17.

²¹¹ GADAMER, 2015, p. 504.

²¹² HEIDEGGER, 2012, p. 465.

²¹³ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005, p. 8.

consustanciam instrumentos para a nominação dos entes contidos no mundo, objetos empregados pelos humanos para atribuírem nome às coisas, em razão das quais possuem sua valência.²¹⁴

Ora, a linguagem não é terceira coisa interposta entre sujeito e objeto, mas corporifica o campo existencial do *Dasein*. O ser-aí é, essencialmente, ser linguagem.²¹⁵ Não apenas o objeto primordial da compreensão, isto é, a tradição, possui o caráter de linguagem, mas a própria compreensão é sempre linguística. Destarte, a elaboração do horizonte hermenêutico a partir do qual ganha validade a pretensão de um texto ocorre como verdadeiro trazer-à-fala.²¹⁶

Deste modo, a linguagem ostenta a natureza de *medium* universal em cujo cerne a compreensão ocorre. Somente na linguagem e, mais especificamente, na elaboração de uma linguagem comum, a compreensão se revela possível. Como já assentado anteriormente, a conversação hermenêutica, porquanto não presente materialmente um *alter* como na conversação comum, ocorre a partir do intérprete e tem na linguagem a morada a partir da qual a coisa pode a ele falar, fazendo valer sua pretensão de alteridade. Nesses termos, afirma Gadamer:

A linguagem é o *medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. [...] Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.²¹⁷

A constituição do horizonte hermenêutico por meio do qual ganha validade a intenção do texto ocorre como um trazer à fala a partir do intérprete, consubstanciando o assim designado processo de fusão de horizontes. A interpretação adequada consiste em encontrar a linguagem apropriada para que o texto fale, em campo linguístico compartilhado entre ele e seu intérprete.²¹⁸ Disso decorre o apontamento da tradução como o arquétipo do acontecimento hermenêutico.²¹⁹ Conquanto fato consabido, convém rememorar que a origem da palavra hermenêutica radica no semideus Hermes, mensageiro dos deuses, que traduzia

²¹⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 62-63.

²¹⁵ HEIDEGGER, 2005, p. 27-28.

²¹⁶ GADAMER, 2015, p. 514.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 503.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 499.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 500-501.

suas mensagens para os profanos.²²⁰ Assim, a hermenêutica é sempre tradução, porque envolve um realizar-se na linguagem do intérprete dos campos significativos desvelados pelo texto, verdadeira reiluminação da mensagem nele contida por meio da linguagem na qual a interpretação encontra possibilidade.²²¹ Logo, considerando a vinculação essencial entre a situação hermenêutica e a possibilidade da compreensão, dada sua inexorável linguisticidade, toda pretensão a uma interpretação definitiva será vã, como observa Gadamer:

Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta, se quiser fazer com que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta “em si”, justamente porque em cada uma está em questão o próprio texto. A vida histórica da tradução consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação correta “em si” seria um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence.²²²

Deveras, a forma da linguagem e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica. O fato de que a existência humana e seu mundo sejam constituídos linguisticamente, longe de se erigirem em óbices à compreensão, consubstanciam os elementos imprescindíveis que a tornam possível. Somente pela linguagem que o homem tem o mundo e pode compreendê-lo.²²³ Não fosse o *Dasein* um ser linguístico, ceifada estaria sua possibilidade de compreensão, ausente o *medium* indispensável para seu acontecimento.²²⁴ O ser-no-mundo é, radicalmente, ser-linguagem, sendo o descobrimento da concepção de linguagem como concepção de mundo o desvelamento do modo pelo qual o ser-aí, desde sempre, se vê lançado no mundo que é o dele:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem.²²⁵

Ademais, o caráter universal da linguagem e, conseqüentemente, da tradição nela insculpida, propicia que se sustente uma pretensão de correção sobre o processo compreensivo. A pertença a uma tradição comum fornece o parâmetro a partir do qual a crítica hermenêutica se revela possível, com o acontecer de novas experiências hermenêuticas

²²⁰ PALMER, 1986, p. 24-25.

²²¹ GADAMER, 2015, p. 503.

²²² Ibidem, p. 514.

²²³ Ibidem, p. 570-571.

²²⁴ HEIDEGGER, 2005, p. 38.

²²⁵ GADAMER, 2015, p. 571.

que desvelam a incorreção, ou o âmbito mais estreito de visão, daquelas que lhe antecederam.²²⁶

Frise-se que a relação estabelecida entre linguagem e mundo possui natureza cooriginária. A linguagem apenas tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo, ao passo este só existe linguisticamente. A originária humanidade da linguagem traduz o fato de que ela é, em si mesma, interpretação. Porquanto contém a tradição, guarda compreensão do mundo que constitui e ao qual franqueia existência.

Por outro giro, a linguisticidade da existência traz consigo a potencialidade de que se alcance a cada vez uma visão mais ampla do mundo, em perfectibilidade infinita. Ressalte-se: o que o mundo é em nada se distingue dos diversos modos em que ele se apresenta na linguagem. A “coisa em si”, portanto, não passa do *continuum* infinito no qual se alternam as diversas nuances perspectivistas da coisa.²²⁷

Outra notável consequência da verificação da linguisticidade do existir reside na impositiva superação do esquema sujeito-objeto que norteou a filosofia da consciência moderna. Cediço que ambos inserem-se no horizonte global da linguagem, fora do qual inexistente qualquer ponto arquimediano de contemplação, tem-se que o sujeito participa do objeto, assim como este participa daquele.²²⁸ A autêntica compreensão só é possível, portanto, como ausculta na tradição compartilhada linguisticamente, em verdadeiro diálogo hermenêutico, ancorado na dialética da pergunta e da resposta descrita por Gadamer:

Quando superamos o conceito de objeto e de objetividade da compreensão, na direção de uma mútua pertença de subjetivo e objetivo, limitamo-nos a seguir uma necessidade pautada na coisa em questão. [...] Visto a partir do intérprete, o acontecer significa que não é ele que, como conhecedor, busca seu objeto e extrai com meios metodológicos o que realmente se quis dizer e tal como realmente era, mesmo que levemente impedido e obscurecido pelos próprios preconceitos. Isso não é mais que um aspecto exterior do verdadeiro acontecer hermenêutico. Ele motiva a indispensável disciplina metodológica que se aplica e se opõe contra nós mesmos. Mas o verdadeiro acontecer só se torna possível pelo fato de a palavra que chega a nós como tradição e que devemos ouvir nos atingir realmente, como se fosse dirigida a nós e se referisse a nós mesmos. [...] Pois, de um outro lado, da parte do “objeto”, esse acontecer significa que o conteúdo da tradição entra em jogo e se desenvolve em possibilidades de sentido e repercussão cada vez mais novas e ampliadas de modo novo pelo outro receptor. Quando a tradição volta a falar, emerge algo e entra em cena o que antes não existia.²²⁹

²²⁶ GADAMER, 2015, p. 576-577.

²²⁷ Ibidem, p. 578.

²²⁸ OLIVEIRA, 1996, p. 229.

²²⁹ GADAMER, 2015, p. 595.

A universalidade da linguagem possibilita a permanente comunicação entre presente e tradição, permitindo, igualmente, que a alteridade dos textos seja trazida à fala pelo intérprete, em conversação hermenêutica cujo norte é a postura de ausculta diante do que o compreendido tem a dizer. Toda tentativa de dominação do sentido por parte do intérprete redundará em mal-entendidos. O movimento compreensivo é, portanto, um exercício de autossuspensão da interpretação, de sorte a franquear que o sentido do texto se imponha por si mesmo.²³⁰

Há de se partir, desde o início, do pressuposto de que as expectativas de sentido dirigidas à coisa, destacadas pela consciência hermenêutica do intérprete, estão sujeitas ao afastamento, à medida que forem sendo negadas pela mostraçãõ do sentido antes velado, processo operado por intermédio da dialética de perguntas e respostas. Interpretar é, portanto, também um contínuo projetar-se e retirar-se para que venha à fala do presente a mensagem comunicada na tradição.²³¹

Certo é, igualmente, que, sendo a partir do horizonte hermenêutico do intérprete que os sentidos desvelados pelos textos vêm à fala, toda compreensão será inevitavelmente singular e irrepetível, dada a historicidade do presente. Todavia, a universalidade da linguagem e o pertencimento a uma tradição compartilhada tornam possível o acordo em torno da interpretação que alcança uma visão mais ampla dos campos de sentido descortinados a partir dos textos. Interpretação essa que, como já se teve ocasião de salientar, eivar-se-á de inegável provisoriedade, predisposta a se recolher tão logo outra mais acurada tome o seu lugar.

3.5 As implicações da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica

Assentadas as mostrações fundamentais descerradas pela hermenêutica filosófica, cabe perscrutar suas implicações para a hermenêutica jurídica, de modo a orientar a mirada para o problema enfrentado pelo presente estudo. Nos parágrafos seguintes, pretende-se abordar tais questões, partindo da fundamentação normativa para a observância dos consectários da ontologia da compreensão pela dogmática jurídica pátria até a exposição de alguns de seus principais desdobramentos na aplicação do Direito brasileiro.

²³⁰ GADAMER, 2015, p. 596.

²³¹ Ibidem, p. 597-598.

3.5.1 A fundamentação normativa da impositividade da interpretação jurídica adequada à ontologia da compreensão

A apreciação dos lineamentos nucleares da hermenêutica filosófica pode suscitar no jurista a indagação sobre os motivos pelos quais as conclusões alcançadas pelo giro hermenêutico-linguístico haveriam de ser necessariamente observadas na aplicação do Direito. Ausente substancial fundamentação normativa a esse respeito, a defesa da reflexão jurídica hermenêuticamente adequada não passaria de imposição arbitrária, a desvirtuar de modo quimérico os propósitos enunciados por seus corifeus. Nessas razões, tenciona-se, nas ulteriores linhas, mostrar que, à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente, a aplicação do Direito deve forçosamente considerar os consectários dessumidos da hermenêutica filosófica, sendo esta, mais do que uma preferência teórica, uma regra imperativa.

Com efeito, ao definir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, *caput*, e consagrar o princípio da juridicidade de todos os atos estatais e privados, no art. 5º, inc. II, a CRFB/1988 impõe pujantes exigências sobre a jurisdição. Porquanto função precipuamente estatal, o mister jurisdicional deve guardar estrita conformidade com o ordenamento jurídico, garantindo a necessária legitimidade democrática de suas decisões.

Assim, tendo em vista não ser a magistratura eleita por sufrágio popular, a legitimidade de suas decisões é extraída de sua vinculação à ordem jurídica, cujo controle é efetuado por intermédio da imperiosa fundamentação dos decisórios (art. 93, inc. IX, da CRFB/1988), respeitosa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CRFB/1988). Noutras palavras: a legitimidade democrática das decisões judiciais é de índole argumentativa, sendo este o parâmetro de sua controlabilidade.

Nesse diapasão, tem-se que o princípio da fundamentação das decisões judiciais possui natureza qualificada: não basta qualquer fundamentação, haja vista incidir sobre a judicatura o ônus de se desincumbir da elucidação de que suas decisões refletem interpretação democraticamente adequada da ordem jurídica vigente.²³² Assim, as razões jurídicas conducentes ao provimento jurisdicional devem resultar de construção plural e participativa das partes e julgadores por meio da dialética processual²³³, exigindo-se que

²³² MEGALE, 2008, p. 347.

²³³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 240.

o referido caminho se mostre expresso na fundamentação decisória, à vista da controlabilidade de todos os atos estatais no Estado Democrático de Direito.

A partir dessas considerações, impende rememorar sumariamente que, conforme desvelou a analítica da ontologia hermenêutica, todo compreender somente é possível a partir do horizonte histórico-linguístico descortinado pela situação hermenêutica do intérprete, o qual partirá inevitavelmente de pré-compreensões sobre a coisa, a serem submetidas ao crivo de sua interrogação à luz do desvelamento desta. Deste modo, ante o ser-linguagem do intérprete e de sua originária imersão tradicional, caso esse não se conscientize de seus preconceitos e não estabeleça o devido diálogo liberador diante da alteridade desvelada pelos textos, instalar-se-á, forçosamente, o mal-entendido, com a frustração do círculo hermenêutico em face da imposição autoritária de suas opiniões sobre a coisa.

Ora, a lume do que se disse anteriormente, a decisão judicial não pode fundar-se em motivos arbitrários e no voluntarismo subjetivista do aplicador, tampouco em fatores extrajurídicos insuscetíveis ao controle argumentativo, porquanto velados.²³⁴ Logo, a ignorância da ontologia da compreensão, caracterizada pela ausência de reflexão explícita a partir de seus pressupostos na fundamentação das decisões judiciais, viola frontalmente os princípios democrático e da juridicidade, visto que veiculadora de mal-entendido consubstanciado no dizer do intérprete que não dialoga com a alteridade normativa, tampouco com a singularidade irrepitível do caso concreto. Obsta-se, assim, que a concretude da ordem jurídica se desvele na *applicatio* hermeneuticamente adequada, quedando seu significado normativo atual sufocado pela subjetividade autoritária do aplicador.

Destarte, precisamente porque a hermenêutica filosófica descreve as condições existenciais nas quais a compreensão adequada ocorre, sua inobservância, dado que irremediavelmente geradora de mal-entendido, malfere frontalmente o disposto nos arts. 1º, *caput* e inc. V, 5º, *caput* e incs. II e LV, e 93, inc. IX, para citar apenas algumas das normas constitucionais violadas. Mencionada constatação se confirma no plano infraconstitucional, tendo em vista os preceitos contidos no art. 489, §§ 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), densificações legislativas dos mandamentos constitucionais supramencionados.

A seguir, passa-se a minudenciar as implicações centrais, para a hermenêutica jurídica, dos pressupostos depreendidos da hermenêutica filosófica.

²³⁴ MEGALE, 2008, p. 349.

3.5.2 A reflexividade dos preconceitos na dialética processual

A dialética de perguntas e respostas, apresentada por Gadamer como o movimento conducente à compreensão adequada, franqueia a mostraçã da alteridade interpretada, em trazer à fala por meio do qual as pré-compreensões do intérprete são reformuladas pelo ser da coisa, culminando em fusão de horizontes na qual a significatividade desta é presentificada.²³⁵ Simetricamente, a interpretação das normas jurídicas observa acontecimento semelhante, conforme se mostrará.

Por primeiro, importa salientar que, em atenção à incindibilidade das dimensões da compreensão, somente há norma jurídica diante de um contexto de aplicação. Noutras palavras, apenas diante da singularidade dos casos concretos é que as normas jurídicas se desvelam, não se esgotando, portanto, em sua face textual, haja vista que texto e norma não se identificam.²³⁶

Dito isso, tem-se que o ente cujo ser se quer desvelado no processo de aplicação do Direito corresponde à norma jurídica. Incumbe ao intérprete, portanto, diante do caso concreto, indagar pela mostraçã de sentido da normatividade, a determinar o comando sentencial. A esse respeito, leciona Megale:

Gadamer vai retomar o pensamento de Heidegger nesse particular, especialmente ao tratar da opinião prévia da perfeição. Tomada como expressão de um juízo provisório, a opinião prévia é substituível e pode afastar o que for falso na medida em que o intérprete se conscientizar dos seus preconceitos para substituí-los pela verdade que se desoculta do objeto e dele próprio, pelo processo criativo do qual participa até mesmo o objeto sob interpretação. No processo judicial, diversos são os textos que propiciam a compreensão: o texto da lei substantiva e da lei adjetiva, juntamente com o texto das provas, dos depoimentos e outros. O juiz deve ter o melhor cuidado diante desse conjunto textual que se lhe apresenta, consciente de que o que surge em primeiro lugar, como se estivesse no outro, ou seja, no texto, é a pressuposição hermenêutica. Daí a relevância da vontade do intérprete na atualização da vontade do texto.²³⁷

Precitado percurso, em elaboração adequada, corresponde à fusão de horizontes ampliada, ocorrente na tradição jurídica linguisticamente evocada. Assim é porque os horizontes que se fundem não são apenas aqueles descerrados pelo julgador, pela textualidade jurídica e pelo caso concreto. Conjuntamente a esses, tem-se os horizontes hermenêuticos

²³⁵ GADAMER, 2015, p. 499-501.

²³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

²³⁷ MEGALE, 2009, p. 215.

iluminados pelas partes litigantes e pela comunidade jurídica em geral, o que qualifica o processo judicial como um *locus privilegiado* para a compreensão.

Não se trata apenas de uma circunstância contingente. A mostraçõo do sentido atual da normatividade jurídica deve, em razão dos princípios democrático, do contraditório e da ampla defesa, defluir de uma visão ampliada resultante da dialética entre todos os horizontes citados, os quais se verificam, concomitantemente, inseridos no horizonte compartilhado maior da tradição jurídica.

Decerto, o modo de ser do acontecimento compreensivo no processo judicial é argumentativo. O Direito impescinde da argumentação, com a explicitação discursiva da interpretação processualmente construída, conforme afirma Megale:

No Direito, com pequenos espaços de sobrevivência destinados à explicação, viceja a cultura da compreensão, regada pela retórica, arte milenar da argumentação. Uma e outra, explicação e compreensão, necessitam da presença humana com os seus aparatos linguísticos, cada vez mais sofisticados em razão do progresso técnico-científico. Entretanto, na compreensão a leitura dos signos, das imagens, dos símbolos, enfim, dos códigos linguísticos exige análise mais perscrutadora e totalizante da presença do ser humano. A possibilidade de ambas se dá com a argumentação. O explicar e o compreender supõem o argumentar, processo pelo qual se dá a explicitação do raciocínio. Exercita-se a explicação na demonstração de dados articuláveis mediante o emprego de lógicas nem sempre compatíveis com a realidade de caráter probabilístico, conectáveis aos números, à ordem e à extensão destes. Desenvolve-se a compreensão em situações ajustáveis ao provável, em áreas prevalectentes da dialética, nas quais a experiência revela que nem sempre dois mais três são cinco, resultado que seria totalmente reprovado em lógicas do tipo cartesiano e improvável em outras, afetas, por exemplo, às ciências astrofísicas, mesmo na quântica. Resultado com certeza mal compreendido por fomentadores de práticas erísticas, deturpadoras da retórica como se acha em Schopenhauer, a propósito da conhecida oposição à dialética, especialmente à hegeliana, que o levou à apresentação de estratagemas formulados em bases falaciosas, com o intuito de promover o descrédito da filosofia especulativa.²³⁸

Nessas razões, a operabilidade normativa da dialética hermenêutica se encontra plasmada no art. 489, § 1º, inc. IV, do Novo Código de Processo Civil. Citado dispositivo determina que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

A reflexividade argumentativa de todas as razões veiculadas no processo constitui o caminho normativo encontrado para a prescrição peremptória do estabelecimento de um diálogo entre as pressuposições hermenêuticas do julgador, a alteridade normativa alvitrada pelo caso concreto e os horizontes histórico-linguísticos descortinados pelos partícipes diretos

²³⁸ MEGALE, 2008, p. 345-346.

e indiretos da relação processual. A fusão de horizontes ampliada, garantidora da legitimidade democrática das decisões judiciais, é salvaguardada pela meticulosa e séria consideração dos argumentos e contra-argumentos esgrimidos no processo, em dialética capaz de trazer à fala as normas jurídicas aplicáveis ao caso e a conseguinte norma individual constante do dispositivo sentencial.

3.5.3 *A incindibilidade entre questões de direito e questões de fato*

Compreensão, interpretação e aplicação, como visto, consubstanciam faces de um mesmo fenômeno hermenêutico. A universalidade da *applicatio*, mostrou Gadamer, significa a constatação de que todo compreender é, desde a origem, concretização atualizadora de sentido no horizonte hermenêutico do presente. Não há como compreender sem aplicar, exatamente porque toda compreensão somente é possível ante a existencialidade linguística expressa na situação hermenêutica do intérprete.²³⁹

Postas essas razões, conclui-se pela completa artificiosidade da cisão entre questões de direito e questões de fato. Não há questão de direito que não seja questão de fato juridicamente relevante. A normatividade jurídica somente é compreensível à luz do contexto de aplicação no qual se insere, considerando sua ínsita linguisticidade, bem como a imanência da tradição em seu bojo. Assim, mesmo a suposta consideração em abstrato dos dispositivos constitucionais e legais se faz tendo em vista a atualidade hermenêutica do presente, em sua interface linguística com a tradição, pressupondo, ainda que implicitamente, o caso concreto no qual seu sentido se perfaz.²⁴⁰

Daí porque a interpretação juridicamente adequada deve considerar detidamente a alteridade singular do caso concreto, cujo recorte compõe estruturalmente o sentido das normas jurídicas aplicáveis. Ao refletir sobre um comando prescritivo legal ou constitucional, o intérprete esboça, já no princípio, uma pressuposição hermenêutica sobre o caso no qual o referido preceito incide.²⁴¹

A desconsideração dessa incindibilidade no processo decisório, uma vez mais, instaura o mal-entendido, escamoteando as pré-compreensões do julgador sobre a singularidade do caso e, para além disso, sufocando-a com o que arbitrariamente pensa sobre ele, impedindo que as peculiaridades do contexto de aplicação fulguem na clareira da linguagem. À vista

²³⁹ GADAMER, 2015, p. 432-433.

²⁴⁰ MÜLLER, 2008, p. 267.

²⁴¹ Ibidem, p. 263.

disso, o art. 489, § 1º, incs. I, II, III e V, do NCPC, erige mandamento definitivo sobre a referencialidade ao caso concreto a ser observada em todos os momentos da fundamentação dos decisórios judiciais.

Em primeiro lugar, não se reputa fundamentada a decisão judicial que se limita à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, ausente a explicitação de sua relação com a causa ou questão decidida. Consoante se asseverou, a norma jurídica somente se desvela diante de seu contexto fático de aplicação, o qual compõe sua estrutura. Assim, a mera invocação da dimensão textual dos programas legislativos ou constitucionais equivale a nada dizer, eis que não há norma desgarrada do caso.

No mesmo sentido, o emprego dos designados “conceitos jurídicos indeterminados”, a despeito da problemática expressão utilizada pelo legislador, não pode se dar sem a expressa justificação de sua pertinência ao caso. Consigne-se que, a rigor, inexitem conceitos jurídicos indeterminados, porquanto, dada sua linguisticidade, acham-se embebidos da tradição na qual se inserem e das pressuposições hermenêuticas que veiculam. Nada obstante, tais pressuposições, não raras vezes, escondem a vontade de dominação daqueles que os manejam, em exercício sofisticado dirigido a impedir a ausculta dos reclamos por direitos enfeixados pelos jurisdicionados.

A invocação de motivos genéricos, que se prestariam a justificar qualquer decisão, assim como a mera citação de súmulas ou precedentes, não se prestam a desincumbir o julgador do ônus de fundamentação dos decisórios proferidos. Em ambas as hipóteses vedadas pelo citado dispositivo, parte-se da ilegítima pressuposição de que existiriam casos idênticos, sendo certo que, ante a cambiância incessante do devir hermenêutico, cada caso veicula singularidade irrepetível, como sói se verifica em todos os momentos da existência humana.

3.5.4 As impropriedades do convencionalismo jurídico e da estandardização do Direito

Outra consequência de relevo da perscrutação da hermenêutica filosófica para a aplicação do direito refere-se à impossibilidade de tratativa da linguagem como um objeto, terceira coisa interposta entre sujeito e objeto.²⁴² O rechaço à teoria instrumentalista dos signos conduz à consequente impropriedade de qualquer intento dirigido à cristalização de

²⁴² Cf. WITTGENSTEIN, 1968, p. 64.

sentidos jurídicos, como se passa, exemplificativamente, em relação às súmulas de efeito vinculante.

Destarte, as súmulas vinculantes, assim como os demais expedientes destinados à estandardização do direito, *ex vi* recursos especiais e extraordinários repetitivos, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas, arvoram-se por sobre a pressuposição de uma repetibilidade ocasionalmente verificada entre a questão debatida no caso paradigma e aquelas suscitadas nos processos sobrestados e vindouros que venham a sofrer a incidência de sua preceituação.²⁴³ Demais disso, a possibilidade de cisão entre questões de fato e questões de direito quando do processo interpretativo, esposada por intermédio da imposição subsuntiva dos comandos sumulares, é outra pré-compreensão significativamente circundante às elaborações sobre o tema, mormente ante o suposto desiderato garantidor de uma segurança jurídica, simbolicamente concretizado ante a equivalência decisional frente a matérias jurídicas pretensamente isomorfas²⁴⁴.

Inobstante, uma discussão fenomenológica do problema realça a ilegitimidade das pré-compreensões supra aventadas. A diferença ontológica desbordante, em Gadamer, na tarefa da consciência histórico-efetual, é mister em asseverar a inadequação da pressuposição da identidade de casos. Ora, cada uma das vivências conflitantes submetidas à apreciação do órgão jurisdicional, por encontrar-se em uma tradição, força de seu ser-linguagem, e nunca esgotar-se no saber de si e da coisa, em um interminável desvelamento e velamento na historicidade, jamais será idêntica à outra.

A desconsideração da alteridade dos casos resolvidos a partir da ponência autoritária da vinculação sumular, isto é, decorrente do escamoteamento da instância aplicativa e realizadora que integra toda a compreensão, culmina no mais das vezes, na institucionalização do mal-entendido, travestido sob o pátio das roupagens do poder. O processo hermenêutico resta incompleto e a fusão dos horizontes não se perfaz, porquanto cessa diante da pré-compreensão que não dialoga com a tradição atual do caso concreto, sublimado em uma indiferença contraditória ao ser histórico da linguagem. O preconceito, condição de possibilidade de toda interpretação, não vem à tona, eis que cega sua visão face ao outro por ele indistintamente considerado.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1107.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos e Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

É sintomática, nesse diapasão, a estruturação formal empregada na elaboração dos malsinados verbetes sumulares e das teses fixadas em sede de recursos repetitivos. A preceituação, expressa sob o esquema de uma regra abstrata, apresenta-se desacompanhada de qualquer explicação mais detalhada sobre a historicidade dos casos concretos no bojo dos quais se concretizou a compreensão. O inglório pressuposto de equivalência de questões, reclamante da incidência imediata do preceito, põe-se a serviço da segurança jurídica simbolicamente assegurada pela celeridade e comete a decisão judicial a retroceder às priscas eras da Escola da Exegese, por meio de tratativa metodológica legatária do esquema sujeito-objeto, superado pelo giro hermenêutico-linguístico.²⁴⁵

Com efeito, a separação entre questões de fato e questões de direito ignora a ontologia da compreensão, ao cindir o momento aplicativo do momento interpretativo. Se o ser da linguagem é tradicional-historicizante, todo compreender será sempre um aplicar. Noutros termos, não há como dissociar a norma jurídica e, muito menos, as súmulas vinculantes do contexto de aplicação fático-significativo ao qual reportam. Destarte, toda questão de direito será sempre também uma questão de fato. Linguagem e tradição não se separam, uma interpenetra a outra, e qualquer apartamento será meramente artificial, contribuindo ao ocultamento de pré-compreensões que fogem à consideração do intérprete-aplicador e que, por isso, tornam-no mais propenso ao mal-entendido.

Em verdade, o modo de operacionalização dos precedentes vinculantes em *terrae brasilis* consubstancia golpe de morte ao dever constitucional de fundamentação do julgador, a quem incumbirá, em uma leitura procedida a partir dos pressupostos de uma hermenêutica ontológica, a exposição de seus preconceitos em um diálogo com a tradição do texto e no cerne da tradição atual do caso concreto, todas respeitantes a um horizonte maior compartilhado, revelado a partir das pré-compreensões mesmas.

O método de mera subsunção, sempre atrasado ante o ser da compreensão, dissimula mais um subterfúgio ao decisionismo relativista que não se quer revelar.²⁴⁶ Desta sorte, o momento culminante da fusão de horizontes é interrompido, pois que prejudicada a releitura recíproca dos preconceitos daquele que interpreta face ao desprezo da alteridade que viria a lume através da vivência histórica conflitante submetida à jurisdição.

²⁴⁵ RAMIRES, Maurício. *A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. 2009. p. 24. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. p. 43.

Por outro giro, a estabilização de interpretação supostamente cristalizada, apontada por seus corifeus como grande virtude dos precedentes vinculantes, estará sempre fadada ao insucesso, em seu propósito de garantia da segurança jurídica. A ilusória fixação de sentido para uma controvérsia jurídica, como mote da previsibilidade, não resiste ao confronto com a ontologia do processo compreensivo especialmente considerado em seu cariz histórico-linguístico.

A par da impossibilidade de dissociação entre interpretação e aplicação, todas elas dimensões da compreensão, insta ressaltar que, com Gadamer, o horizonte do presente estará sempre em formação.²⁴⁷ Os preconceitos de agora já no momento seguinte estarão postos a prova, horizontalmente expandidos ante a contínua e incessante circularidade da compreensão. Daí porque a vã aspiração à objetificação da compreensão, almejada com a definição cabal de um sentido, de uma interpretação oficial, não se coaduna com o que realmente tem lugar no cerne do ser compreensivo do homem e, por conseguinte, do Direito. O entendimento jurisprudencial que há pouco era minoritário, ao projetar-se sobre a tradição linguística cambiante à qual pertine, em reflexão de si diante do *alter* do caso concreto, exsurge não raras vezes como a interpretação mais adequada, em revisão daquela pré-compreensão majoritária, preconceito revelado ilegítimo sob o facho de luz do novel horizonte que se abre. Nessas razões, leciona Maria Helena Megale:

Por isso também a interpretação não pode ser algo dado de fora, como a autêntica e a súmula vinculante. Não raro no voto vencido encontram-se fontes jurídicas preciosas de argumentação e fundamentação do justo. Por ser vencido, parece inoperante, mas não o é muitas vezes, a ponto de processualmente sugerir termos dialéticos geradores de soluções posteriormente reconhecidas como mais justas ou mais adequadas. O espírito refletido num voto vencido pode corresponder à descoberta das franjas que transbordam da expressão linguística para serem captadas pelo intérprete no pressentimento de um mundo de realização de valores e fins jurídicos, fundado na imanência do discurso, não visto como simples agrupamento de signos.²⁴⁸

Longe de assegurar a segurança jurídica, a imposição do mal-entendido, desfechada com a subsunção do enunciado objetificado aos casos concretos, intensifica o fenômeno que objetivava combater. A incompreensão é posta na decisão do caso concreto donde, limitada à remissão ao verbete sumular como razão de decidir, defluem a insegurança e a injustiça, alumadas com o desvelo dos preconceitos ilegítimos que sub-repticiamente envolveram o malogro interpretativo.

²⁴⁷ GADAMER, 2015, p. 457.

²⁴⁸ MEGALE, 2005, p. 156.

A pré-compreensão de que o caso concreto rescende questão já decidida e de que, por isso, é idêntico e repetitivo, é seguida, na experiência judicial brasileira, pela imposição irrefletida do preconceito sumular à vivência conflitante, prática cada vez mais comum e arraigada no trato dispensado à jurisprudência em nosso país. Peca-se justamente por não se trazer à baila as pré-compreensões do intérprete, em privilégio à resposta e em detrimento da pergunta, quando, na esteira do pensamento gadameriano, o contrário é que deveria ocorrer. Os preconceitos devem ser permanentemente questionados, fito operante a partir da pergunta por sobre a sua legitimidade ou ilegitimidade diante da alteridade que se manifesta na tradição.

Lado outro, mostra-se igualmente equivocada a pressuposição consoante a qual a homogeneidade das matérias decididas em um mesmo sentido pelos tribunais superiores asseguraria a adequação do entendimento soi-disant sedimentado por aquelas instâncias julgadoras, de molde a estear sua cristalização vinculativa em verbete sumular. Tal ideia é infensa às conclusões de uma hermenêutica fenomenológica, à razão de que a compreensão nunca exaurirá o conteúdo semântico da alteridade, sempre aberto a novas possibilidades, constantemente reveladas e veladas no círculo hermenêutico heideggeriano.

A totalidade de sentido da tessitura normativa não se mostrará em sua plenitude ao intérprete, haja vista corresponder toda norma a um ser de linguagem imerso na tradição, cambiante e inesgotável em seu diálogo pré-compreensivo travado a partir da história efetual. Desta sorte, a mutação interpretativa é antes participante da ontologia da compreensão, não consistindo em excepcionalidade ocorrente de quando em vez, conforme equivocadamente faz crer a pré-compreensão ilegítima imiscuída no instrumental dos precedentes vinculantes. Grandiosa, portanto, a possibilidade de a compreensão esposada em um voto vencido, ou em uma sentença judicial dissonante, reluzir como a interpretação mais adequada em fusão horizontal com a atualidade do caso concreto, a asseverar a já comentada impossibilidade de se apartar o comando normativo da situação fática a ele subjacente e dele integrante (ser-linguagem), fruto da incindibilidade entre compreensão e aplicação.

Ante o exposto, a (pré)compreensão da inadequação hermenêutica do trato dispensado aos precedentes vinculantes, por todos os argumentos acima desenvolvidos, exige do intérprete-aplicador a superação dos falsos preconceitos sobre os quais se funda o instituto. Trata-se de permitir, em interpretação conforme a Constituição do art. 489, §1º, incs. V e VI, do NCPC, que o ser da hermenêutica venha à fala, em diálogo operado entre as pré-compreensões do intérprete e a tradição pré-conceitual evocada pelos verbetes sumulares nela linguisticamente insertos.

Se antes, à luz do esquema sujeito-objeto, pretendia-se estancar superficialmente a compreensão no prévio entendimento impositivo da súmula abstrativamente desdobrada à coisa, frente à ontologia hermenêutica o verbete vinculante, sempre antecipado em um sentido de concretude (aplicação), dialoga com a alteridade do caso concreto, em fusão de horizontes que traz a lume a compreensão mais adequada à sua resolução, admitindo-se, desde o princípio, a falseabilidade dos primevos preconceitos, cuja decisão poderá redundar no afastamento ou mesmo na mitigação das consequências inicialmente preconcebidas a partir do texto sumulado (*distinguishing* e *overruling*).

Não se ignora a arduidade do desvelamento dessa compreensão, principalmente diante dos mal-entendidos que desde o princípio circunscreveram o trato dos precedentes na experiência judicial brasileira. Inobstante, enquanto remanescerem os institutos aludidos, necessária será a sua realocação dentro dos pressupostos de uma hermenêutica fenomenológica. De efeito, a releitura dos ilegítimos preconceitos passa necessariamente por sua consciência em relação ao outro que se expressa na tradição da linguagem, desde logo avisada de que compreender é existência, e não momento, concretude-aplicativa, e não abstração-atemporal.

4 O CONSTRUTIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN

A abordagem doravante encartada do pensamento juspolítico dworkiniano cumpre dois escopos primaciais: (a) ressaltar a compreensão desse pensador sobre a definição dos direitos fundamentais como trunfos, imunizados ao afastamento por políticas, caracterizadas como razões metaindividuais ancoradas em propósitos utilitaristas; (b) destacar a concepção de resposta juridicamente correta como conceito argumentativo, destinado à garantia da responsabilidade política dos julgadores na concretização do Direito, de sorte a evidenciar incorporação dos achados da hermenêutica fenomenológica sobre a verdade para o campo jurídico.

Ao fazê-lo, não se está a aderir a todas as premissas teóricas perfilhadas pelo pensador em estudo, mas, tão somente, a sedimentar certos lugares argumentativos (*topoi*) que nortearão o enfrentamento do problema proposto pelo presente estudo. Referida perspectiva afina-se com o pluralismo metodológico perfilhado nesta dissertação, fulcrado, no particular, na teoria pluridimensional de Peter Häberle.²⁴⁹ A ductilidade dos problemas alvitados no cerne do neoconstitucionalismo torna pouco produtivo, quando não absolutamente inadequado, o aferramento figadal a apenas uma teoria do Direito.²⁵⁰

4.1 O igualitarismo político de Ronald Dworkin como base de sua teoria jurídica

A edificação da teoria jurídica de Ronald Dworkin parte da identificação do conceito (aqui diferenciado de concepção) de direito com a justificativa política para o exercício da autoridade e da coerção estatais.²⁵¹ Para além desse nível mais abstrato, no qual o consenso é ainda possível, o direito se apresenta como um conceito essencialmente contestado e, por isso mesmo, interpretativo, na medida em que a melhor concepção de suas práticas não pode ser determinada aprioristicamente, mas apenas com esteio em uma postura argumentativo-construtivista do intérprete, rivalizando-se, nesse passo, distintas concepções acerca do fenômeno jurídico.²⁵²

²⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Tradução de César Landa. Lima, Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 269.

²⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 17-18.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 231-233.

²⁵² *Ibidem*, p. 134-136.

Em face disso, Dworkin sustenta que uma concepção adequada e verdadeiramente igualitarista do conceito de direito é aquela que o enfoca como a melhor justificativa moral para as práticas políticas de uma comunidade, fundada no princípio de igual consideração e respeito, a impor o tratamento personificado do direito como um corpo coerente que fala com uma só voz (integridade) e que trata seus participantes como iguais. A integridade seria, analogamente ao planeta Netuno, extraída da harmonização dos ideais de justiça, referente ao resultado correto do sistema político, e de imparcialidade, concernente à estrutura correta do sistema político, isto é, à garantia de voz a cada ponto de vista no processo de deliberação.²⁵³

Contrapondo-se ao positivismo jurídico e, especialmente, ao convencionalismo, Dworkin sustenta que, mesmo nos casos difíceis, não regradados explicitamente por uma regra posta, e nos quais inexista um consenso dos oficiais acerca dos critérios de validade determinantes da aplicação de uma ou outra prescrição, a decisão judicial sempre deve se pautar por argumentos de princípio.²⁵⁴

Argumentos de princípio referem-se a objetivos políticos individuados (direitos), deles se diferenciando os argumentos de política, respeitantes a metas coletivas não-individuadas. Assim, com base na tese dos direitos, a compreensão da função judicial em sua melhor luz impõe que o afazer dos magistrados seja sempre uma questão sobre quais direitos as partes efetivamente têm, sendo estes concebidos como trunfos, prevalentes diante dos objetivos políticos coletivos de uma comunidade.²⁵⁵ Noutros dizeres: a contestabilidade de um direito não é capaz de afastar, *per se*, a prerrogativa de êxito em um processo judicial havida por seu titular.

Não há que se falar, portanto, em discricionariedade em sentido forte, como preconizado pelos positivistas diante dos casos difíceis. A controvérsia sobre o direito aplicável a um determinado caso não tem o condão de desgarrar o processo decisório da argumentação por princípios, tampouco de converter os juízes em legisladores intersticiais.²⁵⁶ Disso decorre que a decisão judicial sempre se opera como aplicação de direitos políticos preexistentes, tendo os juízes a responsabilidade política e o dever de construírem em cada caso a interpretação mais consentânea ao *point* do direito, que o vislumbre em sua melhor luz.²⁵⁷

²⁵³ DWORKIN, 2007, p. 217-223.

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 129-130.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 163.

²⁵⁷ DWORKIN, 2007, p. 306.

Ante a contestabilidade dos conceitos jurídicos, cabe ao juiz formular a melhor concepção deles, haurida a partir do ajuste à história institucional de uma comunidade (adequação) e da melhor compreensão dos princípios extraídos da moralidade política por ela abraçada (substância ou justificação), em concretização do dever de construir destinada à construção (e não criação *ex nihilo*) interpretativa de quais direitos as partes efetivamente têm.²⁵⁸ A discricionariedade judicial assume, portanto, um sentido duplamente fraco: (a) atinente à exigência de que o juiz utilize seu julgamento na argumentação construída dos princípios jurídicos até as conclusões jurídicas; (b) respeitante à autoridade que ele tem de proferir a última palavra em um caso particular.²⁵⁹

4.2 A integridade no Direito e a interpretação jurídica como romance em cadeia

A teoria da decisão de Ronald Dworkin estrutura-se em três etapas: (a) etapa pré-interpretativa; (b) etapa interpretativa; e (c) etapa pós-interpretativa. No estágio pré-interpretativo, procede-se à afirmação da existência das regras e do material autoritativo-institucional do direito, sem explicitar a referência ao seu sentido. A fase interpretativa, por sua vez, alberga duas linhas argumentativas, uma referente à atribuição de um sentido, ou propósito, moral às práticas institucionais contempladas na primeira fase e outra atinente à extensão desse significado a casos particulares. Finalmente, na etapa pós-interpretativa cabe ao intérprete ajustar sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa. Trata-se de verificar qual dentre as concepções interpretativas compulsadas enfoca a prática jurídica em sua melhor luz.²⁶⁰

Dworkin pondera que a interpretação jurídica se passa como a interpretação artística, na medida em que se volta para a compreensão de um objeto de criação autoral, mas que se autonomiza em relação ao autor. Assim como a interpretação artística, a interpretação do direito passa pela atribuição de um sentido (*point*) ao gênero no qual se insere e pelo enfoque da obra como a melhor espécie possível de tal gênero, à luz de seu propósito.²⁶¹

Com efeito, o construtivismo jurídico dworkiniano se opera à maneira de um “romance em cadeia” escrito a muitas mãos, mas no qual cada escritor tem o dever de continuidade e de coerência em relação à obra comum. Como afirma o autor, “[...] espera-se

²⁵⁸ DWORKIN, 2007, p. 305-308.

²⁵⁹ DWORKIN, 2002, p. 136-139.

²⁶⁰ DWORKIN, 2007, p. 81-84.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 237-240.

que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”.²⁶² Ademais, tal romance deve ser construído “[...] como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”.²⁶³

A identificação de quais direitos as pessoas têm se arrima em concepções de justiça e equidade, à luz da pressuposição de que instituídos por um único autor, a “comunidade personificada”, exercendo as autoridades judicantes o papel de agentes dessa comunidade investidos da responsabilidade política de construir. Nesse sentido, esclarece Dworkin:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. [...] O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas de interpretação; não pedem aos juízes encarregados da decisão de casos difíceis que façam novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica.²⁶⁴

Assim, o pensamento dworkiniano rechaça a redução do direito a relatos factuais do passado, como proposto pelo convencionalismo, ao mesmo tempo em que rejeita sua identificação com programas instrumentais direcionados para o futuro, nos termos do pragmatismo jurídico. As afirmações jurídicas, porquanto opiniões interpretativas, combinam elementos respeitantes ao passado e ao futuro, interpretando a prática jurídica atual como política em processo de desenvolvimento.²⁶⁵

Nesse diapasão, a história institucional de uma comunidade não pode ser negligenciada, postos os deveres de coerência e de continuidade exigidos dos intérpretes. Estes, porém, só se impõem na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.²⁶⁶ Deveras, o papel da história institucional no construtivismo dworkiniano não se confunde com o recobrimento dos propósitos originários do legislador, consistindo, na verdade, no manancial no qual se acham envolvidos (*embedded*) os princípios de moralidade política que melhor justificam as decisões pretéritas de uma comunidade e que, à luz do *point* do direito, devem perseverar como justificantes de suas decisões posteriores:

²⁶² DWORKIN, 2007, p. 276.

²⁶³ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 272.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 273.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 274.

A teoria do direito como integridade insiste em que o Direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa.²⁶⁷

Conforme prelineado acima, a aceitação do ideal de integridade impõe aos juízes o dever de decidir os casos difíceis por meio da perscrutação, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, da melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de uma comunidade. Na dimensão da adequação, ou do ajuste, procede-se ao afastamento das interpretações contraditórias aos fatos brutos da história institucional de uma comunidade, os quais limitam as convicções pessoais do juiz em relação à justiça. Por isso, Dworkin afirma que “quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”.²⁶⁸

Exsurgem os casos difíceis, contudo, quando, dessa análise inicial, não emergir uma interpretação prevalente entre aquelas que se rivalizam na solução do caso. Em tais circunstâncias, o juiz deverá se perguntar sobre qual dentre as interpretações aceitáveis apresenta o direito em sua melhor luz, com base na moralidade política subjacente a sua estrutura institucional e decisória (dimensão de justificação). A dimensão de justificação, que continua a ser entrecortada pela análise quanto à adequação, parte das convicções morais e políticas do juiz, mas nelas não se exaure. Demanda-se dos julgadores juízos sobre a justiça e a equidade (imparcialidade) e a compatibilização desses ideais, vedadas barganhas entre eles.²⁶⁹

A par da restrição impingida pela adequação, o dever de coerência metaforizado pelo romance em cadeia atua como relevante modulador das convicções do magistrado. A exemplo do romancista que assume a escritura dos próximos capítulos de uma obra, cabe ao juiz analisar a inteireza institucional do direito, adotando a interpretação que, enfocando-o como o melhor exemplar possível de seu gênero, se afigure como a construção mais perfeita dos princípios de moralidade política dessumidos de suas práticas, distendendo tal conjunto de princípios a cada pessoa, com igual respeito e consideração.

²⁶⁷ DWORKIN, 2007, p. 273-274.

²⁶⁸ Ibidem, p. 305.

²⁶⁹ Ibidem, 221-223.

4.3 O juiz hércules e a tese da única resposta correta como ideia regulativa da *applicatio*

A arduidade da tarefa proposta por Dworkin se mostra em outra metáfora cunhada pelo filósofo do direito para apresentar a aplicação de sua proposta interpretativista. O juiz Hércules, dotado de inteligência e caráter excepcionais, figura como ideia regulativa: Dworkin jamais supôs que existisse no mundo real um juiz imbuído de tal perfeição.²⁷⁰ Serve sua representação ao propósito de realçar a responsabilidade política dos juízes, dos quais se exige, mesmo nos casos difíceis, a persecução de uma resposta correta. Não tem o pensamento dworkiniano, contudo, a pretensão de negar a falibilidade e a cambiância próprias à práxis interpretativa, tanto assim que o autor aduz a necessidade do desenvolvimento de uma teoria dos erros institucionais, hábil à explicação e correção desses equívocos.

A tese conforme a qual existem respostas corretas para questões complexas de direito e moralidade política ocupa posição de centralidade no pensamento de Ronald Dworkin. Decerto, a aceitação da tese dos direitos supõe a necessária aderência à aludida formulação, porquanto a afirmação da inexistência de respostas corretas nos casos difíceis implicaria o reconhecimento de poder discricionário em sentido forte aos juízes, frustrando a possibilidade de que a decisão judicial se operasse como efetivação de direitos. É, portanto, nesse sentido que deve ser compreendida a afirmação de que “a tese de que não há resposta correta é hostil à tese dos direitos que defendo”, enunciada por Dworkin no início do Capítulo 13 de “Levando os direitos a sério”.²⁷¹

Com efeito, a negativa da tese da única resposta correta desgarraria o processo decisório, nos casos difíceis, da argumentação por princípios, concernente à confirmação ou negação dos direitos concretos titularizados pelos litigantes. Nessa hipótese, os juízes atuariam como legisladores intersticiais, pautados em argumentos de política, referentes a metas sociais não-individuadas.

Tal é a perspectiva propugnada pelo convencionalismo, o qual, à vista da adoção da tese da fonte social do direito e da encampação da “*plain fact view*”, fulcrada na concordância dos oficiais sobre os critérios de validade das regras jurídicas (regra de reconhecimento) de uma dada comunidade, sustenta que a controvérsia sobre o direito aplicável a um determinado

²⁷⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3. ed. Stanford: 2013, p. 124.

²⁷¹ DWORKIN, 2002, p. 430.

caso conduziria, inexoravelmente, ao reconhecimento de um espaço de discricionariedade forte aos julgadores, que decidiriam com espeque em *standards* extrajurídicos.²⁷²

A resposta à indagação sobre se “os direitos podem ser controversos” constitui, sob esse prisma, a culminância do ataque de Dworkin ao positivismo jurídico, na medida em que sustenta que a contestabilidade dos direitos nos casos difíceis não afasta a vinculação dos juízes à argumentação por princípios, tampouco repele a reivindicação das partes contendoras da prerrogativa de êxito no processo. Noutras palavras: os direitos podem, sim, ser controversos e, inobstante, existirem.

Apenas à luz tese da única resposta correta se é capaz de fundamentar adequadamente uma teoria do direito, no sentido proposto por Dworkin. É dizer, compreendido o conceito de direito como a justificação política para o uso do poder coletivo contra cidadãos ou grupos, tem-se que a tese de que não há resposta correta é incompatível com uma concepção igualitarista daquele. Isso porque, caso se perfilhasse esse entendimento, a esfera individual sempre estaria a mercê das metas sociais traduzidas nos argumentos de política.²⁷³

Daí decorreriam, no mais das vezes, tratamentos desiguais a indivíduos em situações semelhantes, dada a fraqueza do dever de coerência em relação às *policies*. A centralidade (e não marginalidade) dos casos em que há desacordos teóricos quanto aos fundamentos do direito (*hard cases*) solaparia a legitimidade institucional da jurisdição, eis que a ruptura com a tese dos direitos converteria o Poder Judiciário em um fórum de políticas, ordinariamente investido no poder de sujeição dos indivíduos aos objetivos de ocasião.²⁷⁴

A objeção segundo a qual não há uma resposta correta nos casos difíceis é embasada, para Dworkin, em uma atrativa atitude de tolerância, fundada no pressuposto de que seria arrogante ou pretensioso afirmar que haveria uma só decisão cabível quando as pessoas divergem razoavelmente sobre seu conteúdo.²⁷⁵ Para além desse sentimento benemerente, duas linhas argumentativas iniciais podem ser traçadas tendo em mira o afastamento da tese em comento. Sua subsistência depende, assim, da devida refutação de tais arrazoados.

Antes de compendia-los, impõe-se observar que a edificação racional da tese da única resposta correta repousa sobre uma argumentação de índole defensiva. Não cabe a comprovação peremptória de que sempre ou frequentemente haverá uma única resposta correta nos casos difíceis, precisamente porque Dworkin rejeita a tese da demonstrabilidade,

²⁷² HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 137 et. seq.

²⁷³ DWORKIN, 2007, p. 308.

²⁷⁴ DWORKIN, 2002, p. 202-203.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 429.

conforme será desenvolvido adiante. Assente que a verdade pode exceder a demonstração, revela-se infrutífera qualquer tentativa de atrelar sua pensabilidade à existência de um padrão verificatório metafísico que permita afirmá-la ou negá-la.²⁷⁶ Desta feita, a assunção de um conceito duplamente interpretativo de verdade preconiza uma abordagem igualmente interpretativa da tese da única resposta correta, cuja tessitura se escora na concepção veritativa que confere a melhor justificação moral a um sistema jurídico, e não em argumentos-nocauté de qualquer jaez.

4.3.1 O argumento prático contra a tese da única resposta correta

O primeiro argumento contrário compulsado por Dworkin é de ordem prática. Muito embora admita a possibilidade teórica de uma resposta correta para uma questão jurídica controversa, advoga que é inútil asseverar que as partes teriam direito a essa resposta ou que ao juiz incumbiria o dever de encontrá-la, uma vez que seu conteúdo seria inacessível, não se afigurando executável, destarte, atestar a correspondência entre os direitos efetivamente titularizados pelos litigantes e aqueles declarados pela decisão judicial. A melhor interpretação moral das práticas jurídicas de uma comunidade estaria, a teor dessa perspectiva, “trancafiada no céu do filósofo do direito”.²⁷⁷

A adequada apreciação desse argumento depende da perscrutação e do estabelecimento de relações lógicas com lastro em três indagações elucubradas por Dworkin: (a) Juristas criteriosos divergem sobre se um litigante tem o direito de ganhar um caso difícil, mesmo após concordarem sobre todos os fatos, do processo e da história institucional? (b) É possível que um litigante tenha o direito de ganhar um caso difícil, mesmo que sobre isso diverjam juristas criteriosos? (c) É razoável que o Estado faça valer a decisão de um juiz num caso difícil, mesmo que outros juízes igualmente criteriosos tenham alcançado uma decisão diversa ao analisarem o mesmo caso?²⁷⁸

Em apertada síntese, o argumento prático sustenta que uma resposta positiva à primeira questão exclui decisivamente uma resposta afirmativa à terceira, independentemente de uma resposta positiva à segunda. Isto é, quando juízes criteriosos divergem razoavelmente sobre o direito de um litigante, é injusto que o Estado faça valer a decisão que se funda na

²⁷⁶ GUEST, 2013, p. 143.

²⁷⁷ DWORKIN, 2002, p. 431.

²⁷⁸ Ibidem, loc. cit.

afirmação/negação deste direito, porquanto não há como comprovar a correção da resposta formulada, tampouco que ela não se trata de mera opinião da autoridade judicante.²⁷⁹

A refutação deste argumento parte, para Dworkin, da negação da relação lógica necessária entre a resposta à primeira e à terceira questão. Conquanto se exija a possibilidade de que um litigante tenha o direito de ganhar um caso difícil (segunda questão) a fim de que seja justificável a decisão por princípios nele engendrada, a divergência entre juristas sobre este direito (primeira questão) não torna automaticamente negativa a resposta sobre a razoabilidade da decisão supramencionada (terceira questão).²⁸⁰

Há que se perquirir quais alternativas se apresentam à tese dos direitos e se alguma delas ostenta mais justeza ou correção do que ela. Noutros dizeres: uma vez que uma decisão em um caso difícil terá, necessariamente, de ser tomada, não basta afirmar a contestabilidade dos direitos em disputa para se afastar a tese dos direitos; faz-se necessário mostrar que algum outro padrão decisório seria mais legítimo ou justo em tais casos do que a exigência de que os juízes decidam de acordo com sua melhor capacidade de julgar, com base em argumentos de princípio.²⁸¹

Deveras, as alternativas à tese dos direitos foram examinadas por Ronald Dworkin e seriam fundamentalmente de duas ordens: (a) determinar que os juízes deveriam decidir os casos difíceis com esteio em políticas, como legisladores intersticiais, detentores de discricionariedade em sentido forte; (b) submeter as decisões nos casos difíceis a outros órgãos, como a legislatura, por exemplo.

No que concerne à primeira alternativa, já se expôs sua inferioridade argumentativa em relação à tese dos direitos, porquanto sujeitaria integralmente as esferas autonômicas individuais aos arbítrios das metas políticas, rompendo com a função de legitimação moral do poder político própria ao direito, o que, conforme Dworkin, é perverso. Melhor sorte não socorre a segunda opção, pois “não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou, se houver uma razão, será preciso mudar o processo de seleção dos juízes, e não as técnicas de julgamento que eles são instados a usar.”²⁸²

Assim, ainda que a demonstração arquimediana da única resposta correta nos casos difíceis não se mostre possível, é razoável exigir dos juízes que utilizem de seu melhor julgamento para desenvolvê-la interpretativamente, construindo, e não inventando, os direitos

²⁷⁹ Ibidem, p. 432.

²⁸⁰ DWORKIN, 2002, p. 433.

²⁸¹ Ibidem, p. 202.

²⁸² Ibidem, p. 203.

concretos havidos pelos litigantes à luz da moralidade política imantada nas práticas institucionais de uma comunidade. É certo que os julgadores incorrerão, por muitas vezes, em equívocos e farão mau juízo do *point* do direito. Entretanto, a tese dos direitos é a concepção do afazer judicante que se mostra mais capacitada a reduzir o número de erros, ao mesmo tempo em que é aquela que mais adequadamente compreende o sentido da prática jurídica, emprestando-lhe legitimidade política.²⁸³ Nesse diapasão, pontifica Meyer:

É melhor que as partes se submetam a uma decisão falível, contudo, do que a uma decisão baseada em argumentos de política ou injustificada. As razões que pedem que os juízes utilizem sua melhor capacidade de julgar são preponderantes, mesmo que não se possa provar a veracidade de um julgamento. Em não poucos casos, os argumentos são utilizados equivocadamente. Entretanto, os cidadãos tendem a sair ganhando mesmo assim: eles supõem que detêm direitos e deveres, uns em relação aos outros (autonomia privada) e em relação ao Estado (autonomia pública), não obstante não esteja claro quais são esses direitos e deveres. Conseqüentemente, o debate público acerca de tais questões cresce na medida em que a justiça é concebida como algo importante para suas reivindicações e que, por isso, merece ser densificada. Com isso, a busca por uma única resposta correta passa a ser um porto mais seguro em ordenamentos de princípios.²⁸⁴

Por tudo quanto exposto, é forçoso concluir pela refutação do argumento prático oposto à tese da única resposta correta. Para além disso, calha desfazer o mal-entendido que paira em torno dessa formulação. Não se quer afirmar que em todos os casos jurídicos haja uma só resposta correta, mas que ela sempre deve ser perseguida pelos aplicadores do direito, à míngua de um parâmetro de verificação exterior que ateste sua (in)existência em cada caso difícil. Nem se descarta, outrossim, a falibilidade da magistratura, sendo certo que “Hércules” é uma ideia regulativa: Dworkin jamais pretendeu que existisse, *ipso facto*, um juiz dotado de todas as virtudes por ele idealizadas.

4.3.2 O argumento teórico contra a tese da única resposta correta

O segundo argumento contrário à ideia da única resposta correta sopesado por Dworkin identifica-se, em certa medida, com a tese da demonstrabilidade. Consiste em negar a existência de um direito sempre que constatada divergência relevante entre juristas criteriosos sobre seu reconhecimento. Nestes termos, se afiguraria incabível a admissão de direitos controversos. Da contestabilidade de uma posição jurídica individual decorreria,

²⁸³ DWORKIN, 2002, p. 203.

²⁸⁴ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 311.

necessariamente, sua falsidade, porque somente pode ser reputado verdadeiro aquilo que comporta comprovação como tal. Assim, regressando ao esquema de questionamentos descrito anteriormente, uma resposta positiva à primeira pergunta (controvérsia sobre direitos) conduziria, necessariamente, a uma resposta negativa à segunda (existência de direitos).²⁸⁵

A argumentação desenvolvida por Dworkin para refutar a objeção teórica descerra vários aspectos relevantes de sua concepção da tese da única resposta correta. Nos próximos subtópicos, examinar-se-ão cada uma dessas dimensões, alternando-se, vez por outra, entre os diversos momentos do arrazoado dworkiniano.

4.3.2.1 A tese da demonstrabilidade

A tese da demonstrabilidade postula que “apenas proposições que podem ser demonstradas, ou provadas, verdadeiras são capazes de serem verdadeiras ou falsas”.²⁸⁶ Conforme assevera Dworkin, semelhante formulação contraria a concepção de verdade encampada por várias práticas humanas, como a historiográfica e a científica, cujos participantes supõem verdadeiras as afirmações por eles deduzidas, mesmo que não possam prová-las como exige a tese ora aquilatada.²⁸⁷ O mesmo se passa em relação à prática jurídica, consoante ilustrado pelo autor com escólio na diferenciação entre perspectiva interna e externa.

Retomando o arquétipo do jogo de xadrez, Ronald Dworkin aduz em “Levando os direitos a sério” que, ao divergirem sobre a aplicação da regra de acordo com a qual “os jogadores não devem se irritar mutuamente de maneira irracional”, cada um dos árbitros assume que sua interpretação é melhor do que aquelas sustentadas pelos demais. Precitada pressuposição parte da premissa de que há uma resposta superior entre as disponíveis, sendo esta a única resposta correta. Do contrário, os árbitros não poderiam atribuir qualquer sentido ao que fazem como profissionais.²⁸⁸

Igualmente, a controvérsia entre os participantes de um empreendimento jurídico não os impele a adotar uma postura cética em relação aos direitos titularizados pelos litigantes. A prática jurídica comum desvela que, ao se pronunciarem sobre casos difíceis, os juízes assentem consequencialmente como melhores as decisões que proferem. Deste modo, o jogo

²⁸⁵ DWORKIN, 2002, p. 433.

²⁸⁶ GUEST, 2013, p. 141.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Tradução de Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa. *Universitas Jus*, v. 24, n. 3, p. 1-31, 2013.

²⁸⁸ DWORKIN, 2002, p. 434.

de linguagem diuturnamente travado no cerne do discurso jurídico (âmbito interno) não apenas supõe a existência de uma resposta correta, senão também extrai sua significância e legitimação de tal asserção.

É, todavia, a inconsistência interna à tese da demonstrabilidade que consubstancia a razão preponderante de sua refutação. Ora, a postulação segundo a qual somente se reputarão verdadeiras proposições cuja correção possa ser demonstrada por um procedimento verificatório incontestável incorre em insuperável contradição performativa, porquanto é, ela mesma, insuscetível à comprovação nos termos em que propõe. Logo, o juízo veritativo sobre a tese da demonstrabilidade dependeria, paradoxalmente, que se pudesse considerar verdadeira uma proposição não demonstrável.²⁸⁹

Posto isso, a negativa do caráter auto-evidente da tese da demonstrabilidade acarretaria que a única forma defensável de afirmá-la seria, *prima facie*, a partir de um engajamento interpretativo no empreendimento jurídico, com esteio na melhor concepção de verdade à luz das práticas jurídicas de uma comunidade. Nada obstante, a refutação ao argumento prático mostrou que isso é inviável.

4.3.2.2 *Ceticismo externo e ceticismo interno*

Somente é concebível negar a possibilidade de verdade das proposições jurídicas a partir de um ceticismo interno, seja ou não procedente o argumento apresentado. O ceticismo genuinamente externo não se afigura capaz de sustentar semelhante negativa, uma vez que o direito é uma prática interpretativa e a rejeição de um conceito construtivista de verdade apenas poderá ser desfechada em seu interior, na medida em que expressa um juízo avaliatório sobre o que vale como verdadeiro em um empreendimento jurídico. A afirmação de um critério de verdade (como a referência a um padrão metafísico), bem como a sua negação, são, elas próprias, julgamentos da mesma espécie daqueles cuja provabilidade se contesta pelo ataque ao critério de verdade contrastado.²⁹⁰

A exploração dessa distinção e de suas implicações para a solidez da tese de que não há uma resposta correta nos casos difíceis é encartada por Dworkin por intermédio do exemplo do filósofo cético. O autor imagina uma comunidade jurídica que adote a tese dos direitos, conforme a qual uma proposição de direito será considerada verdadeira se for mais

²⁸⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, passim.

²⁹⁰ DWORKIN, 2013, p. 02.

coerente do que a proposição contrária com a teoria que fornece a melhor justificativa moral do direito estabelecido. Nesse empreendimento jurídico, a prática dos juízes revela que pressupõem a existência de uma resposta correta para os casos difíceis e, a despeito de se instaurarem divergências entre eles, estas permitem classificar os argumentos apresentados em uma ordem aproximada de plausibilidade, a teor do critério de objetividade perfilhado.²⁹¹

Dworkin cogita, então, a posição hipotética de um filósofo que, externamente ao empreendimento jurídico, assegura que os juízes foram vítimas de um engodo sobre suas próprias capacidades e que as decisões que proferem não podem ser verdadeiras ou falsas. Em um momento posterior, este é convidado pelos juízes a se integrar ao empreendimento jurídico na qualidade de magistrado e se surpreende ao se aperceber emitindo juízos da mesma natureza daqueles que criticava, isto é, calcados em uma concepção interpretativista de verdade. A isso, objetará que foi igualmente seduzido pelo mito dos juízes e que um observador independente não poderia afirmar a superioridade de um ou outro argumento em um caso difícil. No entanto, tal não é surpreendente, tampouco malferir a tese da única resposta correta.²⁹² A emissão de juízos, em qualquer seara, depende de um engajamento interno na prática da qual se cuide, haja vista inexistir um ponto arquimediano donde possam ser formulados.

A seguir, o autor retoma a apreciação da posição do cético externo, supondo a insistência do filósofo imaginário em protestar que sua objeção à tese da única resposta correta é, em verdade, um ataque externo à racionalidade do empreendimento como um todo. Duas linhas interpretativas se abrem acerca da suposição do filósofo. A primeira delas é a de que estaria se referindo a outro empreendimento jurídico, que estabelecesse como condição especial de verdade que uma proposição jurídica somente pode ser afirmada ou negada se ela ou a contrária, respectivamente, puderem ser inferidas do direito estabelecido sobre fatos consensuais ou estipulados por mera dedução. Por certo, nesse empreendimento jurídico não haverá nenhuma resposta correta para os casos difíceis. Daí não se segue, contudo, a negação da tese da única resposta correta, porque a comunidade jurídica integrada pelos juízes hipotéticos de Dworkin, assim como a britânica ou norte-americana, não supõe essa condição especial de verdade, sendo refutada, nesse ponto, a argumentação do filósofo.²⁹³

Outra possibilidade compreensiva acerca da recalitrância do filósofo cético reside na referencialidade a uma realidade objetiva independente das convenções sociais,

²⁹¹ DWORKIN, 2002, p. 439.

²⁹² *Ibidem*, p. 435.

²⁹³ *Ibidem*, p. 442.

caracterizadora de um parâmetro externo de verificação das proposições em geral. Ocorre que a ilação de um mundo metafísico, numênico, longe de arrefecer a força persuasiva da única resposta correta, reforça-a, visto que, dada a incognoscibilidade daquele, nada obsta que um litigante tenha um direito inscrito nessa ordem, mesmo que desacreditado por todos.²⁹⁴

Destarte, a única afirmação cética externa possível é a de que não há um âmbito metafísico em virtude do qual valores sejam verdadeiros ou falsos. Essa postulação, no entanto, em nada impacta a questão sobre se uma interpretação do direito pode ser melhor do que outra. A possibilidade de um julgamento moral não está necessariamente vinculada à existência de algo que se erija em um critério de verificação de sua verdade. Dito de modo sintético: da inexistência de um parâmetro extrínseco que permita falsear ou verificar as proposições jurídicas não decorre logicamente que elas não possam ser falsas ou verdadeiras em referência a outros critérios, como o interpretativista.²⁹⁵ Assim, ausente a vinculação entre a existência de um padrão veritativo exterior e a possibilidade da melhor interpretação, a única forma de se perseguir a negativa da tese da única resposta correta é engajando-se internamente no exercício interpretativo jurídico (ceticismo interno), conforme explana Macedo Júnior:

Nesse sentido, o critério de avaliação de uma interpretação não tem exterior. Apenas uma nova interpretação pode efetivamente desafiar outra interpretação. Não há espaço para uma contestação “de fora”, externa ao próprio jogo argumentativo interpretativo. O jogo interpretativo não admite um ponto de vista arquimediano, externo à própria interpretação. [...] Não é plausível, para Dworkin, um ceticismo externo para as interpretações. A única forma de ceticismo viável e possível é aquela representada pelo ceticismo interior, isto é, pelo ceticismo que busca argumentativamente mostrar a inexistência de um melhor argumento ou critério de correção interpretativa sobre determinada prática.²⁹⁶

Afastada a admissibilidade do ceticismo externo, cumpre findar a refutação de sua variante interna, o que, embora já iniciado no arrazoado contrário ao argumento prático, encontrará seu desfecho na perquirição da natureza dos juízos de empate e no alumiamento da díade incerteza/indeterminação, conforme se exporá no subtópico seguinte.

²⁹⁴ DWORKIN, 2002, p. 443.

²⁹⁵ DWORKIN, 2013, p. 30-31.

²⁹⁶ MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 221-223.

4.3.2.3 Juízos de empate, incerteza e indeterminação

A asserção conforme a qual nenhuma das proposições jurídicas em disputa em um caso difícil é verdadeira ou falsa corporifica um juízo de empate. Aludida formulação encontra respaldo em um empreendimento jurídico na hipótese fática em que os argumentos em favor de uma proposição são exatamente tão fortes quanto os argumentos manejados em prol da proposição contrária. Não se trata, portanto, de uma posição de neutralidade (tese do padrão), mas de um juízo positivo dotado dos mesmos pressupostos epistemológicos ou ontológicos de um julgamento veritativo ou falsificador.²⁹⁷ É, com efeito, um juízo com a pretensão de ser a resposta correta, de molde que sua afirmação em um caso difícil impõe os mesmos ônus argumentativos que recaem sobre o reconhecimento ou a negação de um direito.

Para a escorreita compreensão da natureza dos juízos de empate, sobreleva ressaltar uma distinção lapidar entre as suposições que dele sucedem. A afirmação “não consigo ver diferença alguma na argumentação em favor da proposição ‘p’ ou da proposição ‘p-’” é distinta da asserção “nem a proposição ‘p’, nem a proposição ‘p-’ são verdadeiras”. Não deflui automaticamente da primeira postulação a verdade incontestável da segunda. Esta última é tão falível quanto os juízos que afirmam ou negam um direito, não configurando, pois, uma resposta residual ou por omissão. Em um momento futuro da história institucional de um empreendimento jurídico, os juristas podem se convencer de maneira razoável que, conquanto preteritamente consideradas equivalentes as argumentações em um e em outro sentido, uma delas era sensivelmente mais forte do que a outra.²⁹⁸

Daí se extrai a discrepância elementar entre incerteza e indeterminação. A segunda, assim como os juízos de verdade ou falsidade, consubstancia um salto da análise do juiz em direção a uma conclusão que enuncia mais do que ela, exigindo-se, do mesmo modo, que sua postulação se escore na melhor interpretação das práticas jurídicas de uma comunidade. Sendo assim, esclarece Ronald Dworkin:

Se encontro argumentos em todos os lados de alguma questão, e não acho um conjunto de argumentos mais forte do que outro, mesmo depois de refletir, então posso declarar que estou incerto e que não tenho uma posição sobre a questão. Não preciso de uma razão complementar, mais substantiva, para afirmar a incerteza, além do meu fracasso em ser persuadido por qualquer outra perspectiva. Em todos esses aspectos, entretanto, a indeterminação difere da incerteza. “Estou incerto sobre se a proposição em questão é verdadeira ou falsa” é plenamente consistente com “É um ou outro”, mas “A proposição em questão não é nem verdadeira nem falsa” não é. Uma vez considerada a incerteza, então a tese do padrão desmorona porque se uma

²⁹⁷ DWORKIN, 2002, p. 438.

²⁹⁸ DWORKIN, 2013, p. 25.

das alternativas – incerteza – se apresenta como padrão, a indeterminação, que é diferente, não pode se sustentar. Uma crença na indeterminação é uma asserção positiva e precisa de uma razão ou suposição positiva para lhe dar sustentação.²⁹⁹

Apesar de teoricamente possível, é pouco provável que empates genuínos se verifiquem em sistemas jurídicos complexos, com vasta produção legislativa e jurisprudencial. Diante disso, parece adequada a inserção de uma instrução especial que proíba a emissão de juízos de empate pelos julgadores (como a vedação do *non liquet*, por exemplo). Nessa hipótese, as regras impõem uma vedação à combinação de uma falha no afirmar e de uma falha no negar, certas de que as probabilidades de erro derivadas da ocorrência de efetivas indeterminações são muito escassas para que sejam consideradas na formação do critério de verdade, não inibindo, destarte, “a ação do empreendimento”.³⁰⁰

Feitas essas considerações, e ante o caráter positivo dos juízos de empate, a alegação de que não há uma resposta correta em casos difíceis, a fim de que prosperasse, teria de se lastrear na comprovação da ocorrência de indeterminações em todos eles, o que, além de falso, é irrealizável. Ademais, a verificação de empates em alguns casos não desmerece, antes corrobora, a solidez de um empreendimento jurídico, até porque, ainda que não fosse adotada a instrução especial retromencionada, nada há no raciocínio lógico geral que impeça a aceitação de um juízo de indeterminação como a resposta correta. Por essas razões, tem-se por refutada a postura cética interna, bem assim a objeção teórica a ela subjacente.

4.3.3 Críticas à tese da única resposta correta

A proposta compreensiva estampada na tese da única resposta correta despertou variadas e severas críticas por parte dos teóricos do Direito. Muitas delas, porém, dirigiram-se não propriamente à concepção sustentada por Dworkin, mas a uma versão substantiva sobremodo discrepante das reflexões desenvolvidas pelo autor. Nas próximas linhas, tenciona-se abordar de forma sucinta algumas objeções (ou pretensas objeções) formuladas por dois expoentes da doutrina constitucional germânica, a saber, Robert Alexy e Bernhard Schlink.

²⁹⁹ Ibidem, p. 26.

³⁰⁰ DWORKIN, 2002, p. 444.

4.3.3.1 As críticas de Robert Alexy

Robert Alexy parte da pressuposição de que Dworkin adota a denominada tese “forte” da única resposta correta. Segundo o jurista alemão, esta dependeria de que o discurso prático pudesse conduzir, com segurança intersubjetivamente necessária, a apenas uma resposta correta para cada caso, representada por um consenso racional. Isso, contudo, só seria possível em uma situação ideal de fala, na qual seus partícipes dispusessem de tempo ilimitado, informação ilimitada, clareza linguística ilimitada, capacidade e disposição ilimitadas para a troca de papéis e carência de preconceitos ilimitada. Como essas condições não se mostram presentes nas práticas discursivas reais, a única resposta correta apenas poderia ser aceita como ideia regulativa do discurso.³⁰¹

Portanto, considerando que em alguns casos pode haver uma resposta correta e que não é possível saber em quais deles isso se verifica, os participantes de um discurso devem sempre levantar a pretensão de que seus argumentos indicam essa resposta. A decisão de um caso jurídico, consistente, para Alexy, na melhor argumentação à luz das regras do discurso prático geral e do material autoritativo do Direito, seria, assim, ao menos relativamente certa, ainda que não correspondesse, de fato, à única resposta correta.

Todavia, Alexy interpreta equivocadamente o posicionamento de Dworkin. O jurista norte-americano não propõe que haja para todo caso jurídico uma resposta correta substantiva, tomada como interpretação jurídica definitiva e excludente de ulteriores compreensões fundadas em melhores argumentos. Isso fica claro pela invocação, por Dworkin, de uma teoria dos erros institucionais, assim como pela expressa admissão da falibilidade dos provimentos fundados em sua tese dos direitos.³⁰²

4.3.3.2 As críticas de Bernhard Schlink

Em seu artigo “Hercules in Germany”, Bernhard Schlink critica o modo de raciocinar dicotômico de Ronald Dworkin, que, para corroborar suas asserções jusfilosóficas, se vale de díades teóricas excludentes, resolvidas pelo apontamento da correção de um de seus elementos e da falsidade do outro. Para Schlink, o pensamento jurídico não se opera dessa forma, arvorando-se, em verdade, na justaposição complementária de diversos métodos

³⁰¹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. *Doxa*, n.º5, p. 139-151, 1988.

³⁰² DWORKIN, 2002, p. 186-192.

interpretativos e abordagens teóricas, articuladas de modo sistemático na construção das decisões judiciais. Consequentemente, a rejeição das dicotomias dworkinianas, nas quais um dos lados estaria necessariamente correto e o outro necessariamente errado, fulminaria a pretensão de que uma resposta correta pudesse sempre ser encontrada. É certo que, em alguns casos, quando todas as abordagens interpretativas prelinearem determinada decisão, haverá uma resposta correta. Na maior parte das vezes, entretanto, diferentes soluções plausíveis para um mesmo caso exurgirão, e apenas será possível excluir parte delas, subsistindo dúvida razoável sobre a interpretação aplicável.³⁰³

A teoria do direito seria caracterizada, de acordo com Schlink, por uma assimetria entre verificação e falsificação. Assim como as teorias que lidam com realidades infinitas, o âmbito infinito do direito seria matizado pelo predicado da falsificabilidade, consoante o qual as proposições jurídicas não poderiam ser verificadas, apenas falseadas. Nessa medida, raramente haverá apenas uma decisão correta, senão decisões mais ou menos confiáveis. A lógica “ou...ou” alegadamente proposta por Dworkin seria, portanto, inadequada à seara jurídica, cujo raciocínio se pautaria pela lógica do “mais ou menos”. O direito configuraria um campo de falsificação e confirmação provisórias, as quais, embora suficientes para tornar seu progresso possível, não seriam capazes de garanti-lo.

Nessas razões, o constitucionalista alemão pondera que o ordenamento jurídico é, não raras vezes, lacunoso e que convive com situações de incerteza para as quais não se pode pretender uma resposta correta. Para tais circunstâncias, o Direito prevê mecanismos de dissolução da incerteza, como as presunções, ônus argumentativos, regras de justificação e de distribuição da carga da prova.³⁰⁴

Noutras situações, porém, tampouco tais mecanismos seriam aplicáveis, como nos casos relativos à indeterminação constitucional diante de objetivos políticos específicos da comunidade, ou acerca da admissibilidade de determinadas ações afirmativas, exemplificativamente. À vista desses espaços vazios, propositadamente incrustados na ordenação constitucional, não caberia aos juízes sua colmatação, impondo-se uma postura de deferência à deliberação democrática confiada ao poder legislativo.³⁰⁵

Schlink parece não ter apreendido o jaez eminentemente argumentativo da tese da única resposta correta dworkiniana, o qual subjaz, inclusive, à bivalência dos conceitos dispositivos, alcançada tanto na dimensão do ajuste institucional quanto na da justificação.

³⁰³ SCHLINK, Bernhard. Hercules in Germany? *I. CON.*, v. 1, n. 4, p. 610-620, 2003.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 616-617.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 617.

Além disso, o jurista alemão encontra-se visivelmente atrelado a uma concepção demonstrativa de verdade, o que explica sua leitura equivocada da tese de Dworkin. Isto é, a mirada de Schlink é desfocada por suas próprias lentes: interpreta a tese da única resposta correta como proponente de uma concepção veritativa sobremodo distinta da interpretativista, efetivamente encampada por Dworkin, a qual não depende de qualquer outra coisa além dos melhores argumentos em um determinado e singular momento histórico.

Em resposta dirigida ao jurista alemão, Dworkin reforça a ausência de relação entre a verdade de uma proposição jurídica e a possibilidade de demonstrá-la. Saliencia, ademais, que são precisamente os juízos de “mais ou menos” referenciados por Schlink que permitem uma classificação dos melhores argumentos, apresentando-se a única resposta correta como veiculada por aquele que figurar no topo da ordem classificatória estabelecida. A inferência de que na maioria das vezes não há uma resposta correta, como pretende Schlink, teria de mostrar que os juízes, na maior parte dos casos, não se inclinam em favor de uma dentre as linhas argumentativas que se digladiam em juízo, quando, na prática real, é o contrário que ocorre.³⁰⁶

Dworkin pondera, ainda, que Schlink se equivoca ao desconsiderar a diferença entre incerteza e indeterminação, sendo esta um juízo positivo da mesma natureza que os juízos de afirmação/negação de uma proposição jurídica. Ademais, incorre em contradição ao sustentar que não há uma resposta correta em situações de incerteza e, ao mesmo tempo, ponderar que existem previsões legais hábeis a afastá-las. Ora, é certo que as regras procedimentais são parte do Direito e, nesse sentido, a solução que delas deflui é a resposta certa no âmbito de um empreendimento jurídico, e não algo diferente que tem ensejo quando não há uma resposta correta.³⁰⁷

No tocante à exigência de deferência ao legislador, Dworkin advoga que sua aplicação também se vincula à melhor interpretação moral das práticas políticas de uma comunidade. Posta a divergência entre os juristas sobre qual situação enseja a adoção de uma postura deferente, sua determinação dependerá inescapavelmente do exercício do dever de construir, percorridos os três estágios da teoria interpretativa por ele proposta, a fim de averiguar se o melhor argumento à luz da integridade do sistema jurídico é aquele que preconiza tal atitude.³⁰⁸

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. Response to overseas commentators. *I. CON.*, v. 1, n. 4, p. 651-662, 2003, p. 661.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 662.

³⁰⁸ *Ibidem*, loc. cit.

4.3.4 A verdade como conceito duplamente interpretativo

A investigação talhada sobre a tese da única resposta correta autoriza o esboço de uma importante conclusão: a verdade é, para Dworkin, um conceito duplamente interpretativo. Em um primeiro sentido, decorrente da *concepção* por ele proposta, expressa a melhor interpretação moral das práticas institucionais de um empreendimento jurídico, à luz dos princípios dimanados da teoria política que justifica o exercício do poder estatal em uma dada comunidade. Noutra miragem, não tão evidente quanto a primeira, consubstancia um *conceito essencialmente contestado*, porquanto impõe aos participantes de um sistema o dever de construção de sua mais perfeita concepção dentre aquelas que se rivalizam no intento concretizador.

Não havendo um ponto arquimediano que permita afirmá-la de forma autoevidente, a eleição de uma entre várias compreensões de verdade caracteriza, *per se*, um mister inescapavelmente interpretativo. Deste modo, a primazia da concepção argumentativo-interpretativa assenta-se, a um só tempo, na melhor justificação política de um empreendimento, conforme desenvolvido nos tópicos anteriores, bem como na incapacidade das demais concepções que com ela rivalizam de explicarem devidamente as práticas jurídicas de uma comunidade.

Assim, tanto a centralidade dos desacordos teóricos fundamentais em face do fenômeno jurídico, aclarada por Dworkin com espeque no argumento do “agulhão semântico”, quanto o déficit de legitimidade institucional que decorreria da conversão do Poder Judiciário em um fórum de políticas, consequência da negação da tese da única resposta correta, militam em favor da rejeição dos critérios convencionalista e demonstrativo de verdade. A fundação da objetividade no construtivismo interpretativista é, portanto, a postura argumentativa que enfoca o Direito em sua melhor luz, o que, ante a singularidade e a irrepetibilidade características do fenômeno da mostraçã da verdade sob o pálio da hermenêutica filosófica, sugere ser frutuosa a tradução dessa perspectiva para os marcos da ontologia da compreensão.

4.4 Uma mirada fenomenológica sobre o construtivismo dworkiniano: os direitos fundamentais como trunfos e a tese da resposta hermeneuticamente adequada

O construtivismo jurídico de Ronald Dworkin clarifica alguns aspectos de relevante sopesamento para a fenomenologia jurídica. No que concerne aos lindes da investigação

empreendida pelo presente estudo, a concepção dos direitos fundamentais como trunfos reclama encampação mandatória, de modo a determinar que assim seja reputado o conteúdo essencial dos direitos sociais dessumidos da Constituição. Nenhum argumento de política poderá fundamentar o afastamento dessas normas, interpretadas com esteio em uma teoria concretista pluridimensional de seu conteúdo essencial, conforme traçado a ser desenvolvido nos capítulos posteriores. Qualquer postura conciliatória, tendente à apologia de sacrifícios ou concessões de direitos fundamentais, reputar-se-á defesa à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988). Compreende-se a dignidade humana como cláusula de igual respeito e consideração por todos os projetos existenciais, a determinar a consideração da pessoa como fim da ordem jurídica, nunca como meio para algo.³⁰⁹³¹⁰ Logo, tomados os direitos fundamentais como dimanações da dignidade da pessoa humana, por obra dos quais ela existe e se realiza, qualquer subordinação dessas normas a razões extrínsecas ao seu plexo hierárquico-normativo acarretará incontornável afronta àquela, porquanto conducente ao assujeitamento do humano à razão instrumental.

Dito isso, poder-se-ia indagar: qual o supedâneo fenomenológico da concepção dos direitos fundamentais como trunfos? Ora, este reside exatamente na estrutura existencial do cuidado, no modo do ser-com-outros.³¹¹ Subjaz à existencialidade do *Dasein* como poder-ser a possibilidade de decaimento na rede referencial utensiliar da cotidianidade, deixando de ser-si-mesmo para absorver-se no *modus* da impessoalidade. Assim como lida com os entes presentes à vista, o ser-aí passa a relacionar-se consigo e com os outros como para-quê, em ocupação que ceifa as possibilidades de mostraçãõ do ser do *alter*. Analogamente, a subserviência dos direitos fundamentais à razão poiética veiculada pelos argumentos de política assume o caráter de uma relação utensiliar, desconectando a pessoa humana de seu poder-ser, nota essencial da dignidade. Esta assenta-se, precisamente, no cuidado como preocupação antepositiva, de jaez liberatório, o qual abre ensanchas para o desvelamento da verdade em haver originário, como observa Heidegger:

A essência da verdade se desvelou como liberdade. Esta é o deixar-ser ek-sistente que desvela o ente. Todo comportamento aberto se movimenta no deixar-ser do ente e se relaciona com este ou aquele ente particular. A liberdade já colocou previamente o comportamento em harmonia com o ente em sua totalidade, na medida em que ela é o abandono ao desvelamento do ente em sua totalidade e enquanto tal. [...] Justamente, na medida em que o deixar-ser sempre deixa o ente, a que se refere, ser, em cada comportamento individual, e com isto o desoculta, dissimula ele o ente em sua totalidade. O deixar-ser é, em si mesmo,

³⁰⁹ DWORKIN, 2006, p. 9-11.

³¹⁰ KANT, 2007, p. 77.

³¹¹ HEIDEGGER, 2012, p. 353.

simultaneamente, uma dissimulação. Na liberdade ek-sistente do ser-aí acontece a dissimulação do ente em sua totalidade, é o velamento.³¹²

Deste modo, a concepção dos direitos fundamentais como trunfos é a que faz jus à existencialidade do *Dasein*, arvorando-se no cuidado autêntico como preocupação anteposiva. É, destarte, exigência imperativa diante da dignidade da pessoa humana, porquanto o contrário redundaria em tratar os seres-aí como utensílios, açambarcando normativamente o que eles não são e deflagrando uma tradição impeditiva da persecução do existir autêntico, ou, mais gravemente, até mesmo da modulação dos campos significativos sedimentados em seu solo, embaraçando a ocorrência de mudanças históricas e o pensar da liberdade.

Outra dimensão do construtivismo dworkiniano, a desafiar o olhar fenomenológico, corresponde à tese da única resposta correta. A esse respeito, é importante repisar que este trabalho não compreende a referida formulação como afirmadora de que, faticamente, existiria, sempre e em qualquer circunstância, uma única resposta juridicamente adequada para um caso. Nesse sentido, presta-se aqui integral adesão à seguinte proposição gadameriana:

Uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre está em marcha, que não se conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à finitude do ser humano e à finitude do conhecimento humano, é dizer, que a experiência da interpretação contém algo que não se dava na autoconsciência anterior, quando a hermenêutica era atribuída a âmbitos especiais e se aplicava como uma técnica para a superação das dificuldades dos textos difíceis. Naquela época, a hermenêutica era compreendida como teoria da arte; hoje já não é mais.³¹³

A tese da única resposta correta é entendida pela presente dissertação como um dever de responsabilidade política imposto aos aplicadores do Direito, a determinar que busquem, em todas as matérias submetidas à sua decisão, a resposta juridicamente adequada diante do horizonte de sentido descortinado pelo caso decidendo na atualidade linguística da tradição. Não é só. Mais relevante do que isso, a tese dworkiniana, em sua mirada fenomenológica, propugna a cogente consideração da alteridade normativa desvelada pela concretude jurídica. Noutros dizeres: a aplicação do direito deve ser forçosamente intencional³¹⁴, impondo-se ao jurista a responsabilidade institucional de elaborar os projetos compreensivos adequados às coisas mesmas. Não é dado ao intérprete jurídico dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, ignorando os limites impostos pela normatividade e a alteridade

³¹² HEIDEGGER, 1999, p. 163-164.

³¹³ GADAMER, 1981, p. 75.

³¹⁴ MEGALE, 2007, p. 25-32.

do caso concreto. Isto é, não há espaço para voluntarismos, tampouco para a defesa de algo como a discricionariedade judicial. Por razões análogas, não pode furtar-se a decidir, arvorando-se em suposto *self-restraint*, porque já sempre compreendeu a matéria a ser deliberada. Idêntico raciocínio se aplica ao administrador público, cuja discricionariedade será tendente a zero, dada a intencionalidade sempre vinculada à realidade aplicativa e ao plexo normativo que nela se desvela.³¹⁵

Nada obstante, certo é que a expressão “única resposta correta” pode conduzir a mal-entendidos, a despeito de sua significação enraizada em uma concepção jurídica igualitarista. Por essa razão, o estudo ora desenvolvido não empregará tal designação, preferindo o uso da nomenclatura “tese da resposta hermeneuticamente adequada”, em cujo plasma significativo compreendem-se a aludida responsabilidade política da interpretação jurídica, bem assim a mandatária intencionalidade de seu processo concretizador, destinado à elaboração dos projetos compreensivos adequados às coisas.

Demais disso, caso ainda paire alguma dúvida sobre o construto especificamente lucubrado por Ronald Dworkin, há de ser considerado como posicionamento do presente trabalho o que se versa no presente tópico, ainda que possa ser reputado como distinto do pensamento autoral. À luz da perspectiva fenomenológica aqui encampada, porém, isso possui diminuta relevância, dado que a obra se autonomiza em relação ao momento genial, desvelando-se a cada vez na situação hermenêutica concreta pela qual é evocada à fala.

Noutro giro, afigura-se igualmente produtiva a compreensão da decisão jurídica como romance em cadeia. Em *A origem da obra de arte*, Martin Heidegger pontifica que “[...] a arte faz eclodir na obra a verdade do sendo como desvelo que funda”.³¹⁶ Hans-Georg Gadamer, conforme já se teve ocasião de explanar, concebe a obra de arte como arquétipo do acontecimento originário da verdade no ser compreensivo.³¹⁷ Há que se substituir, contudo, a expressão “história institucional” por “tradição”, mais abrangente do que aquela e infensa a qualquer equívoco de atrelar o afazer interpretativo à *mens legislatoris*. Rechaça-se, outrossim, o emprego da designação atinente aos estágios pré-interpretativo e pós-interpretativo, o que poderia conduzir ao mal-entendido segundo o qual a interpretação se resumiria a um ato metodologicamente escolhido. Quanto à integridade, dada a finitude da existência humana e a infinitude da mostraçõa da verdade, somente pode ser concebível como

³¹⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.

³¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução de Idalina Azevedo e Manuel António de Castro. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 199.

³¹⁷ GADAMER, 2015, p. 232.

a singularidade irrepitível do desvelamento da ordem jurídica na atualidade aplicativa, à qual, concomitantemente, se segue um velamento, tudo isso de modo enraizado no solo da tradição.

Por fim, consigne-se, uma vez mais, que o trabalho em curso não tem a pretensão de se filiar ao pensamento de Ronald Dworkin, mas, tão somente, de se apropriar compreensivamente de alguns lampejos teóricos produtivos ao desiderato visado, sendo estes, destacadamente, a concepção dos direitos fundamentais como trunfos e a tese da resposta hermeneuticamente adequada. Outrossim, não se considera suficiente a teoria do Direito dworkiniana para o mister decisório devidamente dirigido segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente diante da relevância (e nunca suficiência) da dimensão textual na normatividade brasileira, melhor apreendida pela doutrina constitucional germânica, a qual nem por isso prescinde de tradução horizôntica para a concretude pátria, posto o imperioso enraizamento de todo pensar jurídico fenomenologicamente orientado.

5 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER

A abordagem da teoria estruturante do Direito a ser desfechada neste capítulo tem por escopo a persecução de um projeto compreensivo adequado à aplicação do Direito, em conformidade com os achados da ontologia da compreensão e tendo em vista seus desenvolvimentos pela hermenêutica filosófica. A concepção concretista é, no entendimento aqui perfilhado, aquela que melhor orienta o processo decisório jurídico com vistas à máxima reflexividade das pré-compreensões de seus intérpretes diante da alteridade normativa.

Para além disso, o desiderato nuclear da invocação das premissas teóricas de Friedrich Müller prende-se à lida com o problema alvejado pelo presente estudo. O aclaramento da relação entre direitos e realidade prefigura-se curial para a investigação da adequação hermenêutica do *topos* da reserva do possível nos moldes em que apreendido pela dogmática constitucional brasileira. A construção de uma práxis aplicativa dos direitos sociais consentânea à Constituição da República imprescinde do reposicionamento fenomenológico dessa questão.

5.1 Introdução à metódica estruturante

A necessidade de elaboração de uma metódica jurídica dirigida à aplicação das normas constitucionais desponta das exigências de fundamentabilidade, controlabilidade e vinculatividade positiva no processo interpretativo próprio ao Direito. Não se trata de recorrer ao método como o habitáculo da verdade, como fizeram os filósofos da modernidade, mas de concebê-lo como caminho, provisório e sujeito a reformulações, a partir do qual se pode proceder à interrogação da normatividade em face da singularidade dos casos concretos.

Assim, conquanto indubitosa a acessoriedade dos métodos, o Direito não pode prescindir de seu emprego. Com isso, busca-se não a objetividade absoluta de seu mister, desiderato inatingível, mas a controlabilidade racional do processo de concretização normativa por ele visado, propósito compartilhado pela teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller:

Na ciência jurídica enquanto ciência normativa aplicada as exigências de vigência e obrigatoriedade devem ser formuladas de forma decisivamente mais rigorosa do que nas disciplinas não-normativas das Ciências Humanas. “Métodos” de prática jurídica e “teorias” dogmáticas sempre são meros recursos auxiliares do trabalho jurídico. São, no entanto, recursos auxiliares cuja peculiaridade, cujos limites,

fundamentabilidade e nexos materiais de modo nenhum estão abandonadas à gratuidade de modos individuais de trabalho.³¹⁸

Embora Müller reconheça e apreenda os achados da hermenêutica filosófica, não os considera suficientes para o suprimento de tais exigências. Ao jurista, não basta conhecer a ontologia da compreensão e as condições sob as quais a interpretação adequada normalmente ocorre. É necessário, mais do que isso, garantir a estrita vinculação de seu raciocínio à ordem jurídica vigente, bem como satisfazer o ônus de fundamentação imposto pelo princípio democrático.³¹⁹

Em verdade, a metódica jurídica mülleriana figura como um corolário da hermenêutica filosófica no Direito. Isso porque busca dotar de controlabilidade o processo aplicativo da normatividade, assegurando a reflexividade explícita das pré-compreensões do intérprete em face da alteridade dos casos e da ordem jurídica positivada. Como o próprio jurista de Heidelberg assevera, seu objetivo precípuo é conscientizar os juristas sobre seus métodos de trabalho, possibilitando, assim, que esses se sujeitem à crítica quanto à sua correção normativa e legitimidade democrática, tudo isso por intermédio da abertura do jogo argumentativo travado a partir de seus exercícios funcionais.

As verdadeiras dificuldades começam quando os preconceitos produtivos, que ensejam materialmente a compreensão, devem ser separados dos que impedem a compreensão correta, a concretização conforme a norma. Essa separação não pode se dar anteriormente; ocorre na própria compreensão. Assim a reflexão e racionalização dos preconceitos tanto produtivos quanto destrutivos – vistos do ângulo da norma – se torna igualmente uma tarefa da teoria estruturante da norma. Os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexos da fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fontes de erros sem responsabilização, posto que irracionais; com isso não se daria nenhum passo além do positivismo, que os ignorou ou silenciou sobre eles.³²⁰

A expressão “metódica jurídica”, para o mencionado autor, abrange tanto a hermenêutica jurídica como a metodologia geral da ciência do Direito.³²¹ Assim como fez Maquiavel em relação à política, Müller estrutura sua teoria a partir da *práxis* aplicativa do Direito em sua época.³²² Isto é, antes de lucubrar como a aplicação do direito deveria ocorrer, Müller analisa como ela realmente ocorre na prática dos tribunais, perscrutando, assim, os

³¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-2.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 2.

³²⁰ MÜLLER, 2008, p. 59-60.

³²¹ *Ibidem*, p. 2.

³²² Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Maurício Santana Dias. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, p. 45.

parâmetros equivocados e exitosos a serem compulsados para a construção de sua teoria. Deste modo, diz Müller, a metódica estruturante é, por primeiro, a metódica dos titulares de funções implicadas na aplicação do Direito.³²³

5.2 O malogro dos métodos tradicionais de interpretação e o perigo da irreflexividade aplicativa das Cortes

Em atenção especificamente dirigida à *práxis* do Tribunal Constitucional Federal alemão, Müller observa que os juízes, em seu discurso explícito de fundamentação, concebiam o procedimento de aplicação do direito nos moldes da subsunção clássica.³²⁴ Identificavam, portanto, o conteúdo das normas jurídicas com base em seu teor literal, nexos sistemático, história legislativa e teleologia, para, somente depois, formar o silogismo, no qual essas, consubstanciando a premissa maior, eram desdobradas sobre o caso, premissa menor.

Expressamente, a Corte parte da tese da identidade entre normas jurídicas e textos normativos. O conteúdo normativo se apresenta, portanto, como imanente à prescrição literal das leis, ora identificado com a vontade do legislador, ora com a vontade da lei, segundo a diade voluntarista da pandectística germânica. Neste norte, a realização do direito é compreendida como um procedimento exclusivamente cognitivo, à vista do perfilamento do dogma da completude do ordenamento jurídico, textual e abstratamente considerado.³²⁵

Na hierarquia dos procedimentos interpretativos que afirma adotar, o Tribunal Constitucional Federal alemão sustenta a supremacia da vontade objetiva do legislador, isto é, do teor literal das prescrições normativas. Os elementos de história legislativa e os demais recursos exegéticos figurariam como instrumental secundário no exercício da função jurisdicional.³²⁶

Todavia, a análise da *práxis* aplicativa do Tribunal Constitucional Federal alemão não confirma o seguimento coerente dos pressupostos teóricos que a Corte diz expressamente adotar. Como observa Müller, em grande parte dos casos, elementos outros, por vezes nada relacionados ao teor literal dos preceitos normativos analisados, são empregados como razões sobrepujantes para o processo decisório dos juízes constitucionais alemães.³²⁷

³²³ MÜLLER, 2005, p. 3.

³²⁴ Ibidem, p. 5-6.

³²⁵ Ibidem, p. 6.

³²⁶ Ibidem, p. 8-9.

³²⁷ MÜLLER, 2005, p. 10.

De efeito, quando a solução politicamente desejada pelos juízes não é encontrada pelos métodos tradicionais de interpretação, o Tribunal Constitucional Federal alemão não hesita em atropelá-los, manejando *topoi* constitucionais e dogmáticos indiferenciados, e imiscuindo nos decisórios credos políticos sem fundamento normativo. O teor literal nem sempre é tratado de forma coerente pela Corte, mesmo no que concerne à sua função limitadora de possibilidades interpretativas.³²⁸

Mencionada observação soa de extrema atualidade para a prática jurisdicional brasileira. Não raras vezes, *topoi* doutrinários acriticamente incorporados do Direito estrangeiro são empregados ao alvedrio dos julgadores para mascarar os efetivos preconceitos que sustentam as decisões adotadas. De modo cínico, compilam-se citações e teorias estrangeiras nos julgados, maquiando arbitrariedades frontalmente dissonantes dos limites da normatividade jurídica e imunizando ao controle discursivo as pré-compreensões subrepticamente impingidas aos textos e casos supostamente compreendidos, em instauro antidemocrático do mal-entendido de conveniência.

5.3 A incompreendida relação entre direito e realidade e a impropriedade da “força normativa do fático”

Com o aprofundamento de sua análise sobre a prática jurisdicional germânica, Müller observa que o principal núcleo revelador da abissalidade entre os pontos de vista tradicionais da interpretação e a *práxis* jurídica tange à relação entre Direito e realidade.³²⁹ Os componentes decisórios alegadamente extraídos do plano realístico, porquanto não apreendidos pelas teorias do direito imperantes e pelos métodos interpretativos alegadamente aplicados, eram invocados como verdadeiros discursos de exceção à normatividade, por meio da artificiosa lucubração de conceitos, categorias e *topoi* vazios, tratados como capa de sentido para a decisão preconceitualmente eleita.

Nesse sentido, diante de casos que destoassem sobremodo dos quadrantes traçados pela metodologia interpretativa tradicional, ou nos quais razões políticas de peso determinassem a tomada de decisão em sentido contrário àquele prescrito pela ordem jurídica, os juízes implicitamente asseveravam “o Direito Constitucional termina aqui”. Contrassenso diante do dogma da completude, a imposição de fatos cuja mera referência à literalidade legal

³²⁸ Ibidem, p. 11.

³²⁹ Ibidem, p. 15.

não era suficiente para a adequada elaboração normativa abria ensanchas para o decisionismo arbitrário.³³⁰

Supostos argumentos jurídicos como a “natureza das coisas”, os “casos *sui generis*” e a “força normativa dos fatos”, afluíam em face da conveniente estreiteza de visão do positivismo imperante à época, a qual legava largo espaço para o voluntarismo judicial. Por detrás da pretensa assepsia dos métodos exegéticos, são incluídos sub-repticiamente dados arbitrários da realidade, como forma de suplantar a normatividade jurídica. A esse respeito, assevera Müller: “Constata-se então que numerosos fatores encobertos pela forma jurídica da metódica tradicional entram em jogo, muitas vezes de modo unilateralmente determinante do resultado processual.”³³¹

Decerto, neste ponto, encontra-se traçado argumentativo de especial relevo para o problema enfrentado pelo presente trabalho. Daí porque a tratativa do que Müller denominou de “reserva de juízo”, em referência à alegada força normativa dos fatos, será retomada em passo ulterior da dissertação.

Por outro giro, a roupagem fantasiosa dos métodos da pandectística e do historicismo, o alegado apego à literalidade exegética e o culto ao positivismo jurídico obliteravam o mais deletério pragmatismo, consoante elucidativa passagem da obra mülleriana:

Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica que é apresentada com referência ao seu próprio fazer e deve ser apresentada no Estado de Direito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quão acrítico “métodos” exegéticos transmitidos pela tradição, mas rompe essas regras em cada caso de seu fracasso sem fundamentar seu desvio.³³²

De igual modo problemática, a tratativa dos direitos fundamentais como valores pelo Poder Judiciário alemão retirava-lhes sua força normativa, submetendo-os a uma ponderação desregrada e puramente casuística, como se dessume da crítica de Müller:

Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfáveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional.³³³

³³⁰ MÜLLER, 2005, p. 32-33.

³³¹ Ibidem, p. 15.

³³² Ibidem, p. 19.

³³³ Ibidem, p. 18.

Deste modo, a dissolução do processo aplicativo da Constituição em tais termos daria ensejo à transfiguração do Estado de Direito em Estado Judiciário. Tendo em vista a ordem de valores por ele pressuposta, o juiz estaria se assenhoreando progressivamente da Constituição, cujo sentido restaria reduzido aos voluntarismos de ocasião.³³⁴

Para além das objeções ao positivismo legalista, as críticas de Friedrich Müller ao positivismo normativista de Hans Kelsen são de entendimento mandatório para a adequada compreensão de sua teoria, cujo principal enfoque é o traspasse da separação entre ser e dever-ser, legatária do pensamento kantiano e propugnada por Kelsen. A seguir, far-se-á brevíssima incursão no pensamento deste autor, limitada aos objetivos do presente capítulo.

5.4 Breve recobrimento da Teoria Pura do Direito

A discussão sobre a Teoria Pura do Direito e, com especial relevo, sobre os apontamentos acerca da interpretação jurídica ali traçados reveste-se de curial relevância à compreensão do projeto desenvolvido por Müller em sua obra. É que, conforme o próprio autor afirmou, sua teoria começa exatamente no ponto em que Kelsen termina.³³⁵ O alheamento da ciência jurídica em face do processo de concretização da norma é, a toda evidência, o espaço lacunoso por onde Müller se movimentará com vistas à reelaboração da teoria da norma jurídica.³³⁶

Hans Kelsen ocupou-se primacialmente da elaboração de uma ciência do Direito universal, vale dizer, hábil à explicação de todo e qualquer ordenamento jurídico, em toda e qualquer época. Nesse diapasão, o estudo científico do Direito deve apartar-se de qualquer conteúdo material, próprio à razão prática e, por isso, impassível de formulação científica. A separação entre as esferas do ser e do dever-ser delimita e especifica o objeto de estudo do cientista do Direito, que apenas deve ocupar-se desta última, enfeixada na norma jurídica, categoria fundamental de seu pensamento.³³⁷

A norma exsurge, pois, como um esquema prescritivo que imputa a um fato uma sanção jurídica. É identificada a partir do critério da validade, consoante o qual encontra sua existência autorizada por outra norma que lhe é superior.³³⁸ O ordenamento jurídico estrutura-

³³⁴ SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Tradução de Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009, p. 140.

³³⁵ MÜLLER, 2008, p. 32.

³³⁶ MÜLLER, 2005, p. 47.

³³⁷ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984, p. 46.

³³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 86.

se como uma pirâmide, em sucessivos atos de autorização, em cujo topo, e externamente a ela, afigura-se a norma fundamental, postulado lógico-formal responsável pelo fechamento sistêmico da teoria kelseniana, o qual preceitua sejam observadas as normas promanadas do Poder Constituinte.³³⁹

Nessa senda, a problemática da interpretação jurídica recebe em Kelsen tratamento que se relaciona com o seu projeto de pureza metodológica, bem como com a sua postura relativista em relação à problemática dos valores.³⁴⁰ A Teoria Pura do Direito concebe o ato de aplicação do Direito como um ato de especificação normativa, interpretação que se opera tanto no plano legislativo, quando da produção de uma norma pelo legislador ordinário que fixa o sentido da Constituição, como no plano judicial, quando da produção de uma norma individual pelo Poder Judiciário, com base em uma norma geral.³⁴¹

Kelsen compreende a abertura semântica dos textos legislativos como capaz de produzir, a partir de uma mesma disposição, uma multiplicidade de significados, os quais se situam no interior do que o austríaco chama de moldura da norma, ou seja, o conjunto dos sentidos possíveis de uma norma jurídica dado por sua literalidade.³⁴² Cumpre, portanto, à ciência do Direito traçar essa moldura, não lhe cabendo optar por um ou outro sentido, o que escapa à seara científica jurídica e mergulha nos confins da política e da sociologia. A essa interpretação, Kelsen dá o nome de interpretação não-autêntica, ou não-vinculante.³⁴³

Já a interpretação autêntica é aquela realizada pelo legislador e pelos órgãos judiciais no momento efetivo da produção normativa. É a única interpretação vinculante. A escolha de uma ou outra norma dentro da moldura ofertada pelo texto é, para Kelsen, ato puramente voluntarista, porquanto a ciência do Direito não pode se ocupar da individualização normativa, esfera da razão prática, cumprindo-lhe apenas delinear essa moldura, dentro da qual escolherá discricionariamente o julgador.³⁴⁴ A interpretação é, a um só tempo, um ato de conhecimento dos possíveis sentidos da norma e um ato de vontade a decidir entre essa possibilidade significativa, cumprindo à ciência do direito perscrutar unicamente aquela primeira esfera.

Grande problema desnuda-se quando o órgão judicante perfilha uma interpretação não contemplada pela moldura normativa, isto é, inválida em face do direito posto. Diante de tal

³³⁹ KELSEN, 2009, p. 224.

³⁴⁰ Ibidem, p. 72-78.

³⁴¹ Ibidem, p. 263-273.

³⁴² Ibidem, p. 390.

³⁴³ Ibidem, p. 387-388.

³⁴⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 40.

imbróglío, o pensador austríaco assume posição designada por alguns como giro decisionista, ao afirmar que, após o trânsito em julgado, mesmo tal escolha gozará de juridicidade, atribuída a partir da norma que estabelece a autoridade do órgão estatal para aplicar o direito ao caso concreto.³⁴⁵ Com isso, culmina por soçobrar ao decisionismo, em aproximação inevitável com a tese schmittiana, por ele tão combatida.³⁴⁶

A crítica de Friedrich Müller à Teoria Pura do Direito dirige-se, em primeiro lugar, ao esvaziamento da teoria da interpretação de Kelsen, que não indica os elementos metodológicos hábeis a traçar a moldura da norma, e, em segundo lugar, mas principalmente, ao abandono do processo concretizador do direito, tratado como impertinente à ciência do Direito.³⁴⁷

Daí porque o autor alemão principia sua análise tendo como pano de fundo o labor dos órgãos estatais incumbidos da aplicação do Direito, visando à elaboração de uma teoria apta a fornecer elementos metodológicos norteadores do processo de concretização das normas jurídicas. Ao programa da norma, dimensão dada pela textualidade, Müller agrega o âmbito da norma, recorte da realidade que completa a estrutura normativa.³⁴⁸

Superando a separação abissal entre ser e dever-ser desfechada por Kelsen, Müller integra a realidade à estrutura da norma, que não se completa sem a necessária consideração do ser. Ao fazê-lo, atribui relevância imediata à problemática da concretização do Direito, porquanto a norma é codeterminada pelo real e somente em face dele se perfaz em plenitude. Nem mesmo o teor literal dispensa a referibilidade ao real, pois seu esclarecimento linguístico é dado pela explicitação situacional em um universo de falantes.³⁴⁹

A concretização é criação do direito diante da provocação pelo caso conflitivo, que reclama a observância dos métodos de trabalho em Direito Constitucional, aptos a conferirem controlabilidade à atividade aplicativa, nos marcos do Estado de Direito. A interpretação autêntica interessa tanto ao Direito quanto o processo de elaboração de seus textos legislativos, haja vista que a norma jurídica, emergente da textualidade, nela não se esgota, sendo integrada e codeterminada pela realidade estruturada.

Ante o exposto, Müller conclui que a Teoria Estruturante do Direito é intencionalmente “impura”.³⁵⁰

³⁴⁵ MÜLLER, 2008, p. 29-30.

³⁴⁶ Cf. SCHMITT, Carl. *Sobre los modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 77.

³⁴⁷ MÜLLER, 2008, p. 42-44.

³⁴⁸ MÜLLER, 2005, p. 41-42.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 50.

³⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

5.5 A compreensão estruturante das normas jurídicas e a tese da não-identidade

A teoria estruturante do Direito, como já se adiantou, erige-se a partir de reflexão fundada na *práxis* aplicativa dos titulares de funções estatais, destacadamente os juízes. Nesse diapasão, a experiência revela que, nem o caso *sub judice*, nem os recursos metodológicos auxiliares da interpretação, tampouco a norma jurídica, evidenciam ser fechados, coerentes e previamente dados.

Casos desse tipo mostram na sua totalidade que a autolimitação programática aos tradicionais recursos exegéticos auxiliares é ilusória diante dos problemas da *práxis*, que os recursos metódicos auxiliares não logram mais cobrir e encobrir, nem mesmo no plano verbal, os procedimentos de concretização exercidos na realidade e que os acontecimentos cotidianamente manuseados da concretização hodierna da constituição dão ensejo ao questionamento da concepção tradicional da norma jurídica e da sua “aplicação”.³⁵¹

Com efeito, tal constatação embasa a percepção teórica segundo a qual a interpretação do direito e o seu desenvolvimento não podem ser separados com rigorismo. Analogamente ao que afirmou Gadamer em relação à incindibilidade entre interpretação e aplicação, Müller testifica que todo ato de interpretação jurídica é, inevitavelmente, um ato de concretização.

A contraposição constante entre realidade e Direito, pressuposta nas decisões que a empregam como justificativa para o abandono da cogência normativa do texto constitucional, aclara, em verdade, a incompletude do modelo teórico normativo vigente. Presentes em todo processo jurídico-aplicativo, os dados realísticos integram necessariamente a estrutura normativa, evidentemente que nos limites traçados pelos contornos significativos (também desde logo aplicativos e concretos) da dimensão textual.³⁵² Assim sendo, devem ser conscientemente incorporados a uma teoria do direito que se pretenda consentânea com a supremacia da Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Por certo, a fundamentação das decisões judiciais deve, de um lado, convencer os atingidos e, por outro, conter todos os elementos subjacentes à sua formação, de sorte a torná-la controlável, tanto pela reapreciação das instâncias julgadoras superiores como pelas críticas provenientes da academia e da política constitucional. Nesse passo, Müller esclarece o propósito da metódica jurídica por ele engendrada:

A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para

³⁵¹ MÜLLER, 2005, p. 19.

³⁵² *Ibidem*, p. 47.

abrir o caminho ao feed-back controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica.³⁵³

Em face das razões expostas, a tese da identidade entre texto e norma corporifica indubitavelmente um equívoco. O texto representa apenas a ponta do *iceberg*, porque somente a partir da atualidade efetiva do caso concreto a norma jurídica encontra sua conformação, posta a inseparabilidade entre *interpretatio* e *applicatio*. Texto e norma não se identificam, aduz Müller.³⁵⁴ A norma é modelo de ordem materialmente determinado, cujo sentido somente se perfaz diante do horizonte hermenêutico descerrado a partir de seu contexto de aplicação. Mesmo nas reflexões travadas pela teoria jurídica, a norma jurídica apenas tem seu teor apreendido com base em casos e situações fáticas de incidência hipotéticos.

Nessas razões, a normatividade jurídica é um processo estruturado. O teor literal expressa tão somente uma das dimensões componentes da norma, a qual é denominada por Müller de programa normativo. Imbricada com ela, junte-se o âmbito da norma, o recorte da realidade social que o programa da norma elegeu para si ou, em parte, criou para si por meio de seu âmbito de regulamentação.³⁵⁵

Desta feita, tem-se que a normatividade é coconstituída pelo âmbito material apreendido pelo âmbito da norma, pré-antecipado pelo intérprete em recorte à luz do programa normativo.³⁵⁶ É dizer, o recorte da realidade ditado pela dimensão textual, consistente no âmbito normativo, possui hierarquia equivalente à do programa da norma, ambos pertencentes à estrutura interna das normas jurídicas.

Não se pode conceber, portanto, a norma jurídica como um juízo hipotético descolado da realidade aplicativa e, mais especificamente, de seu âmbito de regulamentação. Os elementos textuais e realísticos não encontram subsistência autônoma. A existência de ambos é umbilicalmente interdependente, porquanto não se pode compreender um sem o influxo do outro, e vice-versa.

Algumas ressalvas não de ser tecidas, no entanto, a respeito da captação dos dados da realidade pela estrutura das normas jurídicas. Não serão todos os fatos relacionados à prescrição em apreço que comporão o âmbito normativo, senão exclusivamente aqueles elementos seletiva e valorativamente destacados da realidade social segundo os lindes

³⁵³ MÜLLER, 2005, p. 37.

³⁵⁴ Ibidem, p. 38.

³⁵⁵ Ibidem, p. 41.

³⁵⁶ Ibidem, p. 42.

estabelecidos pelo âmbito da norma.³⁵⁷ Neste ponto, há que se diferenciar entre âmbito material, concernente a essa dimensão mais abrangente, relativa a todos os dados fáticos relacionados ao problema jurídico enfrentado, e âmbito normativo, referente aos componentes realísticos integrantes da estrutura normativa na estrita conformidade orientada por sua dimensão textual.

Daí porque a tese de Friedrich Müller, conforme o próprio autor advoga com veemência, combate a perigosa perspectiva da “força normativa do fático”, consectário problemático da miótica cisão entre ser e dever-ser. A dimensão linguística estatuída pelo programa normativo, ao mesmo tempo em que delimita de modo imperativo as possibilidades de inclusão de dados realísticos na estrutura normativa, veda peremptoriamente que alegações fáticas exteriores a tais limites afastem a prescritividade normativa.³⁵⁸

Nesse sentido, argumentos econômicos genéricos, segundo os quais um direito não poderia ser concretizado à vista de sua carestia, salvo se amparados em nexos sistêmicos dessumidos da linguisticidade de outras normas de idêntica estatura, não poderão obstar sua efetivação estatal. Sob esse prisma, a teoria estruturante do direito, ao tornar juridicamente controlável a relação entre prescrições e realidade aplicativa, configura um ode à supremacia da Constituição, ao impedir que, sob um fantasismo retórico conveniente, argumentos pragmatistas sejam empregados a fim de reduzir, ou mesmo de eliminar, a força normativa dos preceitos constitucionais. Veja-se, a propósito, a categórica afirmação de Friedrich Müller:

O âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica bem como da norma da decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. Legislação, administração e tribunais que tratam na prática o âmbito da norma como normativo, não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fático.³⁵⁹

A pretensão exclusivista dos métodos tradicionais de interpretação funciona, na práxis jurídica, como encobridora, por meio da linguagem, de partes integrantes do âmbito da norma que, na verdade, codeterminam a decisão do caso, inadmitindo identificação por meio da única observância dos cânones da hermenêutica tradicional.

De tudo quanto exposto, o processo de aplicação das normas jurídicas é mais adequadamente designado pela nomenclatura “concretização”.³⁶⁰ A atividade aplicativa do direito, como se passa em relação à compreensão em geral, *ex vi* o que se escreveu sobre a

³⁵⁷ MÜLLER, 2005, p. 44.

³⁵⁸ Ibidem, p. 45.

³⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

³⁶⁰ Ibidem, p. 47.

hermenêutica filosófica, não é um ato meramente cognitivo de um sentido incrustado na textualidade.³⁶¹ Toda compreensão se passa no presente da situação hermenêutica indescartavelmente vivida pelo intérprete, o qual desvela produtivamente a atualidade mostrada pelo ser cambiante do ente interpretado, em diálogo estabelecido no devir linguístico da tradição.³⁶² Logo, compreender se distingue de conhecer, este último um termo tão plasmado pela epistemologia da filosofia do esclarecimento.³⁶³

Rememorados esses pressupostos hermenêuticos, o afinamento da metódica estruturante com a hermenêutica filosófica assoma evidente. A aplicação do direito é, repita-se, um processo construtivo de sentido atual, e não um labor cognitivo de algo previamente imanente aos juízos hipotéticos textualmente dispostos. Por certo, a concretização do direito, sempre referida ao caso, elabora os problemas da pré-compreensão jurídica no bojo da dialética de perguntas e respostas, materializada no contraditório processual e na crítica acadêmica, desvelando a norma na interação singular entre programa normativo e âmbito da norma:

Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. A solução, i. é, a concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto de fatos, juridicamente ainda não decidido, em caso jurídico decidido deve comprovar a convergência material de ambos, publicá-la e fundamentá-la.³⁶⁴

A concepção do processo interpretativo jurídico como concretização e a consequente integração do contexto aplicativo realístico no âmbito da norma tornam controláveis e criticáveis as pré-compreensões dos intérpretes sobre tais elementos, ensejando sua reflexividade ótima, hábil à garantia da correção normativa democraticamente legitimada. Do contrário, restariam influenciando decisivamente na formação do julgado, sem, contudo, sujeitarem-se ao crivo da dialética processual e, mais importante, à fusão de horizontes diante da alteridade normativamente estruturada no caso concreto, estabelecendo arbitrário mal-entendido. Acerca disso, atesta percutientemente Müller:

A objetividade jurídica não pode alegar defrontar-se com a prescrição e o caso sem “pressupostos”. Tais pressupostos já são dados com a linguagem que abrange tanto

³⁶¹ MÜLLER, 2005, p. 54.

³⁶² GADAMER, 2015, p. 432.

³⁶³ GADAMER, 1981, p. 104-105.

³⁶⁴ MÜLLER, 2005, p. 50-51.

as prescrições jurídicas quanto os intérpretes. Eles atuam, outrossim, como conhecimento de nexos materiais, de dados da experiência e sobretudo como posições, esforços e teores materiais de teoria jurídica, de teoria do estado, de teoria constitucional, de dogmática e de teoria do direito e da constituição; por conseguinte, como forças motivadoras preexistentes à concretização individual. A ciência jurídica deve, não em último lugar, verificar nesse sentido os seus pressupostos, diferenciá-los e expô-los sem falseamento e embelezamento em termos de método.³⁶⁵

É interessante observar o uso das expressões “falseamento” e “embelezamento” em termos de método. Não raras vezes, a sacralidade dos métodos é utilitariamente empregada para invisibilizar as pré-compreensões do intérprete referidas à integralidade dos elementos componentes da normatividade, bem assim dos fatores extrajurídicos determinantes da norma de decisão formulada. O álbi metodológico, pautado pela invocação retórica de *topoi* aleatórios, escamoteia os motivos efetivamente conducentes do processo decisório, com isso sufocando a alteridade normativa atual.

Noutro giro, a relevância dos elementos afetos ao âmbito normativo é extremada no que toca às normas constitucionais. Como bem acentua Müller, aludidos preceitos consubstanciam verdadeiras malhas abertas, sobremodo dependentes da integração realística atual para a clarividência de seu significado normativo.³⁶⁶ Isso porque, segundo Canotilho, a Constituição do Estado Democrático de Direito corporifica um sistema aberto por excelência, vazado por ampla plêiade de acordos incompletamente teorizados, frutos do pluralismo inerente à sociedade democrática.³⁶⁷ A ductilidade das ordens constitucionais, consoante anota Zagrebelsky, é um fenômeno incontestável.³⁶⁸

5.6 Elementos de concretização normativa da Constituição

A metódica estruturante de Friedrich Müller, fixadas as premissas teóricas supramencionadas, principia pela elucidação dos denominados elementos de concretização normativa, em compilação dos dados e respectivos procedimentos interpretativos que atuam conjuntamente no desvelamento da norma aplicável. A classificação desses elementos obedece, primeiramente, à divisão entre elementos de concretização predominantemente referidos ao teor literal do programa normativo e elementos de concretização primacialmente relacionados aos dados fáticos do âmbito da norma. Passa-se a abordá-los a seguir.

³⁶⁵ MÜLLER, 2005, p. 53.

³⁶⁶ Ibidem, p. 55.

³⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1180.

³⁶⁸ ZAGREBELSKY, 2011, p. 37-39.

5.6.1 Elementos referidos ao programa normativo

Sobre os elementos metodológicos preponderantemente atinentes ao programa normativo, tem-se que subdividem-se em duas grandes classes: (a) métodos tradicionais de interpretação; (b) princípios da interpretação da Constituição.

5.6.1.1 Os métodos tradicionais de interpretação

A crítica de Müller aos métodos tradicionais da interpretação não se dirige à sua incidência no processo aplicativo do Direito, mas à pretensão de exclusividade no trato deste. É inegável, destarte, a relevância e indispensabilidade dos métodos tradicionais. No entanto, é patente sua insuficiência para a aplicação das normas constitucionais, donde se deduz que o recurso exclusivo a eles oculta aspectos de consideração indispensável no *iter* concretizador, instaurando o mal-entendido.

Feitas essas ressalvas, tem-se que as regras tradicionais da interpretação compreendem a interpretação gramatical, a interpretação histórica, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica. Segundo Müller mostrará, cada uma dessas regras não pode ser isolada das demais, haja vista que todas elas interagem na conformação dos respectivos âmbitos de tratamento.³⁶⁹

A concretização da Constituição principia pela busca do sentido literal das prescrições textualmente delineadas. Inobstante, referida perscrutação, precisamente porque todo compreender é, desde início, aplicar, encontra-se na dependência de pré-compreensões sobre a realidade aplicativa, bem como acerca dos demais elementos metodológicos de interpretação.³⁷⁰ O sentido de um conceito jurídico, por exemplo, não pode ser apreendido sem a referência à tradição e ao contexto atual de aplicação, ainda que mirado apenas em sua formulação textual. Porquanto a tradição é imanente à linguagem, e esta se acha embebida de concretude, não há como pretender a autonomia dos recursos filológicos.

Dito isso, há que se aclarar o autêntico espaço ocupado pela interpretação literal no processo de concretização constitucional: ela estabelece o primeiro (não o único) e insuplantável limite das possibilidades significativas da prescrição normativa.³⁷¹ Os dados da realidade somente são apreendidos pela estrutura normativa nos lindes traçados pela dimensão

³⁶⁹ MÜLLER, 2005, p. 63.

³⁷⁰ Ibidem, loc. cit.

³⁷¹ Ibidem, p. 64.

textual. Da mesma forma, as propostas interpretativas antecipadas em relação a determinada norma encontram sua primeira barreira nas fronteiras do texto normativo. Ora, na interpretação do Direito, resta evidente não se poder dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, conforme deflui da seguinte passagem dos escritos müllerianos:

O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Outro somente vale onde o teor literal for comprovadamente viciado. Decisões que passam claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito.³⁷²

De acordo com a função limitativa exposta, os elementos diretamente referidos ao texto normativo têm precedência hierárquica diante de conflito com os outros indicadores interpretativos.³⁷³ Mencionada preeminência consubstancia garantia democrática em face dos árbitros judiciais, tornando ilegítimas as decisões que desbordem do campo de possibilidades do âmbito textual da normatividade. Nesse diapasão, não há como deixar de mencionar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena, após o exaurimento da segunda instância judicial³⁷⁴, em flagrante atropelo do texto do art. 5º, inc. LVII, da CRFB/1988, assim como a admissibilidade da decretação de prisão preventiva de Senador da República em crime não definido como inafiançável pela Constituição, desbordante dos lindes do art. 53, § 2º, da CRFB/1988.³⁷⁵ Precitados decisórios, com a devida vênia, consubstanciaram verdadeira ruptura com a ordem constitucional, por mais pujantes sejam as razões políticas subjacentes ao pragmatismo escancarado que se perfilhou.

Certo é que a restrição do campo interpretativo possível por parte do teor literal pode ostentar maior ou menor intensidade. Isso não resulta diretamente, porém, da maior ou menor clareza por parte do legislador, mas, precipuamente, da posse de um maior plexo de pré-compreensões adequadas por parte do intérprete. Afaste-se, desde logo, a máxima *in claris cessat interpretatio*, uma vez que a constatação da clareza já resulta da interpretação, munida, de largada, das pré-compreensões adequadas ao dizer da coisa.

³⁷² MÜLLER, 2005, p. 64-65.

³⁷³ Ibidem, p. 98.

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 de maio de 2016.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 de maio de 2016.

Os elementos de interpretação históricos, teleológicos e sistemáticos verificam-se entrelaçados em sua aplicação. Quanto à interpretação histórica *stricto sensu*, é evidente sua função auxiliar e subordinada no processo de concretização. O material legislativo preparatório e a persecução indireta das intenções originalmente visadas pelos legisladores somente podem ser empregados como recursos auxiliares ao esclarecimento das demais dimensões metodológicas de interpretação. No que concerne ao método teleológico, respeitante à finalidade objetivada pela prescrição compulsada, tem-se que, de igual modo, seu seguimento será embasado pela interação das demais dimensões.³⁷⁶

De maior relevo para o presente trabalho, contudo, a interpretação sistemática reclama reflexão específica. A concretização sistemática compreende tanto o contexto dos teores literais argumentativamente descerrados, quanto a interação das estruturas materiais dos âmbitos de regulamentação das demais normas envolvidas no caso e da unidade sistêmica do ordenamento jurídico.³⁷⁷ O recurso à tradição linguisticamente compartilhada mostra-se imprescindível para o delineamento dos nexos de sentido entre as normas jurídicas e o ordenamento jurídico.

Com efeito, a interpretação sistemática assume notória importância na delimitação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, exurgindo como procedimento alternativo à ponderação de valores. Porque conviventes em um mesmo ordenamento jurídico e desde logo embebidos de tradição na unidade constitucional, os direitos fundamentais não podem colidir, senão no nível pré-compreensivo, no qual são alvos de concorrência normativa, cabendo ao intérprete traçar os limites do âmbito de proteção de cada qual em face de reprojeção perante a singularidade do caso concreto.³⁷⁸

Saliente-se que, ao contrário do que sustentou parte da doutrina constitucional tradicional, os direitos fundamentais não tem seus limites fixados pela legislação infraconstitucional, mesmo em se tratando de normas de eficácia contida.³⁷⁹ Ao revés, conformam e corrigem os preceitos hierarquicamente inferiores, mercê de sua supremacia constitucional. Assim, afirma Friedrich Müller:

³⁷⁶ MÜLLER, 2005, p. 70.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 69.

³⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Tradução do alemão, estudo preliminar e notas de Alberto Ochling de los Reyes. Madrid: Editorial Dykinson, 2016, p. 110.

³⁷⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 116.

Os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata, eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias.³⁸⁰

A delimitação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, dada sua aplicabilidade imediata e eficácia plena, parte de seu próprio teor normativo, forçosamente referenciado à tradição jurídica e aos campos sedimentados de sentido que subjazem a cada uma de suas esferas regulamentares, especialmente frutuoso ante o longo processo de afirmação histórica que veiculam.

5.6.1.2 Os princípios da interpretação constitucional

Os princípios da interpretação constitucional foram sistematizados por Konrad Hesse, mestre de Friedrich Müller, o qual incorporou em sua doutrina a teoria estruturante do Direito de seu discípulo. Hesse parte da tópica de Viehweg, considerando que a aplicação constitucional também se opera por meio da *ars inveniendi*.³⁸¹ Esta lucubra seus *topoi* com fulcro nos problemas jurídicos apreciados, encontrando os lugares argumentativos que, em um jogo de suscitações pautado por razões e contrarrazões, conduz à solução do caso decidendo. No entanto, dada a vinculatividade positiva própria ao raciocínio jurídico, há que se limitar a consideração, coordenação e valoração de tais pontos de vista, função que Hesse atribui aos referidos princípios da interpretação constitucional.³⁸²

Por primeiro, Konrad Hesse alude ao princípio da unidade da Constituição. Conforme seus ditames, a norma constitucional sempre deve ser interpretada à luz da conexão total estabelecida em relação ao sistema normativo e às demais normas.³⁸³ Inconcebível, por essa razão, a existência de normas constitucionais inconstitucionais, conforme sugerido pelo estudo de Otto Bachof.³⁸⁴ Deste modo, na concretização da norma constitucional, devem ser afastadas as contradições acaso vislumbradas em relação aos outros preceitos da Constituição. Deveras, as colisões entre as normas constitucionais são tão somente aparentes, resultados

³⁸⁰ MÜLLER, 2005, p. 68.

³⁸¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 34.

³⁸² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 63-64.

³⁸³ *Ibidem*, p. 65.

³⁸⁴ Cf. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 86.

parciais do processo concretizador, a serem superados com a elaboração adequada dos nexos sistemáticos observáveis entre os preceitos constitucionais e a tradição que a eles subjaz.³⁸⁵

Noutro norte, o princípio da concordância prática impõe que, no processo de concretização constitucional, sejam harmonizados os bens jurídicos protegidos pela Constituição, de sorte que cada um deles ganhe realidade e tenha sua normatividade assegurada. Incabível, por essa razão, cogitar-se do sacrifício de um direito às expensas de outro, como sugere a teoria da ponderação de valores entalhada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Acerca do tema, esclarece Konrad Hesse:

Onde nascem colisões não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até em “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. “Proporcionalidade” expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma “finalidade” constante e um “meio” variável ou vários. [...] “Ponderação de bens” carece, para suas valorações, de uma tal diretiva; a ela falta não só o apoio sustentador, mas ela cai também sempre no perigo de abandonar a unidade da Constituição.³⁸⁶

Com base no trecho acima reproduzido, é possível perceber que o princípio da proporcionalidade para Hesse possui um sentido diverso daquele esposado por outros autores. A delimitação ótima dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais, assegurando a harmonização de ambos, difere da mensuração estabelecida com vistas a uma relação utilitarista de meios e fins, proposta por meio de sua caracterização com base na tríade de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cogita-se, aqui, de uma teoria dos limites imanentes, pautada na unidade da Constituição, e não de uma teoria das restrições externas que admite colisões e sacrifícios de direitos fundamentais.

Outro princípio da interpretação constitucional é o critério da exatidão funcional. Segundo suas diretrizes, o intérprete, no exercício de seu mister aplicativo, deve se conter quanto aos meios e aos resultados no âmbito competencial de sua esfera de atuação. Assim, da interpretação constitucional não pode derivar a remoção do quadro de distribuição de funções previsto constitucionalmente.³⁸⁷ A toda evidência, isso não significa que, diante da omissão inconstitucional das autoridades competentes, não possa o Poder Judiciário concretizar diretamente os comandos constitucionais. Para além da aplicabilidade imediata e

³⁸⁵ HESSE, 1998, p. 65-66.

³⁸⁶ Ibidem, p. 66-67.

³⁸⁷ Ibidem, p. 67.

direta das normas definidoras de direitos fundamentais, mencionada atuação substitutiva encontra guarida no plexo de atribuições constitucionalmente confiadas aos julgadores, especialmente diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988). Sendo possível, no entanto, há que ser preservado o espaço de conformação do legislador, como se passa, por exemplo, em relação à técnica do estado de coisas inconstitucional.

Lado outro, o princípio do efeito integrador, fincando raízes no pensamento de Rudolf Smend, preconiza que o intérprete deve priorizar os pontos de vista constitucionais que preservem a unidade política visada pela Constituição. O integracionismo não pode ser perseguido a qualquer custo, porém. Tratando-se de indubitoso recurso auxiliar e subordinado da interpretação, não autoriza o intérprete a exceder os limites estabelecidos pelas prescrições constitucionais.³⁸⁸ Nesse diapasão, são repelidos os argumentos daqueles que, sob a escusa de promoverem a ora malograda reunificação do Brasil, sustentaram o cabimento de um processo de *impeachment* sem crime de responsabilidade.

Por fim, Hesse alude ao princípio da força normativa da constituição, cujo desiderato deve nortear todo processo de concretização constitucional. A interpretação das normas jurídicas deve buscar, sempre e em qualquer caso, a máxima efetividade da Constituição, com a preferência aos argumentos e pontos de vista que confirmam força otimizada aos preceitos constitucionais.³⁸⁹

5.6.2 Elementos de concretização referidos ao âmbito da norma

Os elementos de concretização formulados a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso já tiveram sua definição exposta quando da tratativa da estrutura das normas jurídicas. Em apertada síntese, o programa normativo, dimensão textual das prescrições jurídicas, recorta do âmbito material os fatos juridicamente relevantes que compõem o âmbito normativo, dimensão realística da norma.

Repise-se que não se trata de um processo linear, mas circular. Para compreender o programa normativo, o intérprete pré-compreende o âmbito de regulamentação e a integralidade da estrutura normativa, em sucessivas reformulações de seu projeto, observada a imbricação das duas dimensões, insubsistentes de modo autônomo.³⁹⁰ A incidência dos

³⁸⁸ HESSE, 1998, p. 68.

³⁸⁹ Ibidem, loc. cit.

³⁹⁰ MÜLLER, 2005, p. 82.

momentos da compreensão e a inerência da situação hermenêutica linguístico-tradicional, posto seu caráter ontológico e universal, imantam todo o processo de concretização.³⁹¹

5.6.3 Elementos dogmáticos

Os elementos dogmáticos referem-se às fontes doutrinárias do saber jurídico, como manuais, tratados, teses e comentários. Embora despidos de vinculatividade direta, exercem importante papel mediador no processo de concretização das normas jurídicas, constituindo parcialmente a tradição jurídica de cujo manancial sedimentado se descortinam os campos de mostraçãõ a desvelarem o sentido presentificado da normatividade.³⁹²

De outra parte, o sistema de comunicação jurídica instaurado pela dogmática constitucional aprimora a discutibilidade e controlabilidade discursiva do exercício aplicativo oficial no Direito. A importante função crítica protagonizada pela academia enseja a correção de rumos dos eventuais desvios normativos e possibilita a superação de mal-entendidos advenientes da irreflexão dos preconceitos à luz da alteridade da ordem constitucional.³⁹³

Urge ressaltar, todavia, que a comprovação da convergência com determinadas posições dogmáticas em nada desvencilha o aplicador jurídico do ônus de fundamentação de seu processo interpretativo.³⁹⁴ A par da imperiosa dialeticidade argumentativa a ser travada em torno dos elementos integrantes da estrutura normativa, com a devida consideração das pressuposições postas em jogo, a prevalência dos aspectos concernentes aos limites dos preceitos constitucionais proscree qualquer intento justificador de rupturas com os programas normativos, ainda que embasadas na citação casuística de abalizados posicionamentos doutrinários.

5.6.4 Elementos de técnica de solução

A apresentação de técnicas procedimentais de formulação de hipóteses sobre a norma, tanto no plano argumentativo quanto naquele relativo ao exame da matéria fática, corresponde ao escopo dos elementos de técnicas de solução.³⁹⁵ A título exemplificativo, confira-se os manuais de elaboração de sentenças cíveis, penais e trabalhistas. Malgrado sua indubitosa

³⁹¹ GADAMER, 2015, p. 409.

³⁹² MÜLLER, 2005, p. 83.

³⁹³ *Ibidem*, p. 84.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 85.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 86.

relevância, são elementos meramente auxiliares no processo de concretização, não possuindo qualquer preferência diante dos materiais diretamente referidos a normas.

5.6.5 Elementos de teoria

Os elementos em apreço concernem às teorias do direito expressa ou implicitamente perfilhadas pelos intérpretes jurídicos. Consistem em um plexo concatenado de proposições que pretendem responder a perguntas sobre os fundamentos e a natureza do direito, os modos corretos de interpretar suas normas e aplicá-las, entre outras questões.³⁹⁶

A adoção de uma teoria do direito não expressa um ato de vontade submetido às preferências pessoais do intérprete. Tampouco se pode pretender que, encampada uma perspectiva teórica, o ordenamento jurídico tenha de se adequar a ela. Na seara jurídica, qualquer embasamento teórico deve ser normativamente orientado. Não são as normas que devem se adequar à teoria, mas o contrário. Disso resulta a extrema cautela exigida do jurista no momento de se aferrar a uma teoria do Direito. Não raras vezes, o insulamento teórico da academia jurídica cumula em perigoso olvide da normatividade, convertendo a pesquisa no Direito em inautêntico ensaio de laboratório, desgarrado da positividade normativa e da realidade aplicativa que lhe subjaz.

Com efeito, o primeiro passo que deve nortear a eleição de uma matriz teórica é a averiguação de sua referibilidade adequada à normatividade posta. A estreita vinculação com o material autoritativo do direito é indispensável para assegurar o cumprimento dos desideratos compreensivos e legitimadores perseguidos pelo mister aplicativo no Direito.³⁹⁷

Não se afigura descabido, senão recomendável, segundo o entendimento perfilhado neste estudo, o seguimento do pluralismo metodológico. Ora, dada a primazia da ordem jurídica e, por outro lado, o pluralismo ínsito à juridicidade das sociedades democráticas, é pouco provável que a devoção incondicional a uma teoria ou pensador possa ofertar as bases para uma aplicação escoreita do Direito. Repele-se, assim, os argumentos daqueles que em tudo veem sincretismo metodológico, como se o pesquisador jurídico fosse coarctado a brandir uma só perspectiva teórica, afinando-se com apenas um autor. Aludido posicionamento empobrece a academia jurídica e desgarr-a, ainda mais, da práxis candente. Enquanto problemas de toda sorte estão a reclamar aprofundada reflexão teórica e dogmática,

³⁹⁶ MÜLLER, 2005, p. 87.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 89.

pesquisadores se engalfinham em querelas vãs, sobre se a visão deste ou daquele autor seria a melhor, não raro com a imputação de adjetivos desmerecedores à contraparte.

Decerto, a teoria do Direito que se pretenda aplicável em *terrae brasilis* deve servir à Constituição da República, e não o contrário. É evidente que não se trata de um processo linear. A circularidade hermenêutica, como não poderia ser diferente em razão de ser caráter ontológico, também se opera aqui. O intérprete mira o ordenamento jurídico mediado por uma pressuposição hermenêutica, a qual deve ser paulatinamente reprojeta e reformulada diante da alteridade normativa, apurando-se sua (i)legitimidade diante dela.

5.6.6 Elementos de política constitucional

Os elementos de política constitucional abrangem todas as questões tangentes às consequências da aplicação das normas jurídicas. Temáticas como os impactos econômicos de uma decisão judicial, a repercussão de uma solução normativa para as relações exteriores de um Estado e a consideração unicamente valorativa de conteúdos decisórios compõem essa espécie de material argumentativo.³⁹⁸

Quanto a tais elementos, sobreleva assentar que, em nenhuma hipótese, podem justificar o afastamento da normatividade positivada.³⁹⁹ Uma das finalidades precípua da Constituição consiste em pôr termo a controvérsias políticas, reduzindo a complexidade da deliberação pública e estabelecendo acordos argumentativos mínimos para a comunidade. A alteração dessas decisões fundamentais somente pode se obrar por intermédio dos mecanismos institucionalmente previstos, a saber, no caso brasileiro, por força de emenda à Constituição.

Deste modo, quando muito, podem os elementos de política constitucional servir à interrogação e clarificação significativa do material normativo, nos estritos limites traçados por seus programas. Isso não significa, porém, que não devam ser meticulosamente refletidos no processo de concretização do Direito.

Indubitável se afigura que tais elementos, ainda que sub-repticiamente, participam das decisões jurídicas como pré-compreensões influentes na formação dos juízos normativos. Temerário seria que não fossem explicitamente confrontados pela alteridade normativa, o que se impõe justamente com o escopo de que seu afastamento se faça às escâncaras, obstando o

³⁹⁸ MÜLLER, 2005, p. 89.

³⁹⁹ Ibidem, p. 90.

sufocamento da circularidade hermenêutica pelo autocentramento do intérprete em seus preconceitos políticos.

5.7 Em busca de uma hierarquia entre os elementos de concretização

A garantia da força normativa da Constituição depende, sobretudo, de copiosa reflexão sobre a hierarquia dos elementos de concretização constitucional. Não se pode descurar da primazia ostentada pelos elementos diretamente referidos à normatividade constitucional em relação àqueles cujo tratamento deve obedecer à sua natureza meramente auxiliar no mister aplicativo. Do contrário, a ordem constitucional soçobriria ante a ardilosa invocação de qualquer *topos* com pretensões de cientificidade, portadores de um arremedo de juridicidade destinado a ludibriar retoricamente os incautos de ocasião, como se a decisão à margem dos limites textuais da Constituição pudesse se justificar pela sofisticada remissão a termos desenraizados do solo normativo.

Sobre os conflitos verificados entre os elementos não diretamente referidos a normas, Friedrich Müller testifica que, dada sua acessoriedade, é impossível estabelecer regras de preferência entre eles.⁴⁰⁰ A prevalência haverá de ser apurada, portanto, em face do melhor amoldamento à significatividade desvelada pelos elementos diretamente referidos a normas, no bojo do jogo argumentativo dialeticamente travado.

No tocante aos conflitos observados entre os elementos diretamente referidos a normas e aqueles indicados no parágrafo anterior, é de se assentar peremptoriamente a prevalência inafastável do material normativamente orientado.⁴⁰¹ Assim, razões de política econômica, argumentos pragmáticos atinentes aos supostos efeitos da decisão no mercado, bem como quaisquer outras alegações de análogo jaez que se apresentem, jamais podem fundamentar o desvio das soluções decorrentes dos programas e âmbitos normativos, sob pena de inevitável debacle da ordem constitucional.

Questão mais tormentosa diz respeito aos conflitos interpretativos verificáveis entre os elementos de concretização diretamente referidos à normatividade. Em princípio, observa-se que o material interpretativo predominantemente concernente aos textos normativos possui hierarquia idêntica àquele atinente ao âmbito da norma.⁴⁰² Inobstante, tendo em vista que a

⁴⁰⁰ MÜLLER, 2005, p. 91.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 94.

⁴⁰² Ibidem, p. 98.

delimitação dos contornos do âmbito normativo é ditada pelo programa textual, é de se concluir pela preferência deste último, pelas razões expostas por Müller:

Negativamente, i. é, para a determinação do limite de resultados admissíveis (normas de decisão), os elementos de interpretação diretamente referidos a textos de normas, i. é, a interpretação gramatical e sistemática, têm prevalência também sobre os elementos do âmbito da norma, por razões inerentes ao Estado de Direito. Assim o programa da norma formulado no teor literal orienta no sentido da delimitação e limitação não apenas o processo da seleção de pontos de vista materiais a partir do âmbito genérico de regulamentação da prescrição (âmbito material) e a partir do âmbito do caso (conjunto de fatos do caso jurídico), mas todo o processo da concretização.⁴⁰³

Os conflitos entre os métodos jurídicos de interpretação em sentido estrito, por seu turno, apontam para a primazia dos métodos gramatical e sistemático em face dos métodos histórico e teleológico. As dimensões gramatical e sistemática da normatividade revestem-se de dupla função, limitadora e produtiva. No primeiro aspecto, limitam as possibilidades legítimas de concretização do material jurídico, à luz do princípio do Estado Democrático de Direito. Quanto ao segundo, apontam decisivamente para uma aplicação possível diante do caso decidendo⁴⁰⁴.

Ante a abertura da ordem constitucional, resulta evidente que, em parte considerável dos casos, os elementos gramatical e sistemático não dispõem de força enunciativa suficiente para indicar, *per se*, a solução normativa aplicável.⁴⁰⁵ No mais das vezes, funcionam apenas em sua função limitadora, cabendo o processo concretizador ultimar-se no jogo argumentativo dialeticamente orientado, capacitado à interrogação do *alter* normativo no diálogo horizontal entre julgador, litigantes e comunidade jurídica, no cerne da tradição linguisticamente presentificada.

Em caso de conflito, o texto da norma é o ponto de referência hierarquicamente precedente da concretização, enquanto determinação do limite das possibilidades decisórias admissíveis. O teor literal não é a lei, mas a forma da lei. E, contudo, o teor literal que formula — em que pese qualquer inconclusividade da implementação linguística — o programa da norma vinculante como diretriz material bem como limite normativo. Isso fundamenta em virtude dos imperativos do Estado de Direito o primado dos modos gramatical e sistemático de interpretação na sua função de limite da formação admissível da decisão.⁴⁰⁶

⁴⁰³ MÜLLER, 2005, p. 95.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 99.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 100.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 95.

Não se pode negar a função limitadora exercida pelo aspecto gramatical da normatividade. Assim, por exemplo, veja-se o art. 53, § 1º, da Constituição da República. Ao preceituar que deputados federais e senadores da República apenas podem ser presos em flagrante delito de crime inafiançável, tal dispositivo inadmite outra interpretação adequada que não aquela segundo a qual o estado de flagrância, de presença obrigatória, deve referir-se aos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, ou aos delitos legalmente definidos como hediondos, assim como a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Data maxima venia, investigações relativas aos delitos de corrupção passiva, prevaricação, peculato, bem assim a genérica imputação de obstrução à justiça, não podem fundamentar um decreto de prisão preventiva dos aludidos parlamentares. O exercício exegético encetado pelo Supremo Tribunal Federal, de considerar a inafiançabilidade quanto ao seu cabimento *in concreto*, desborda, a mais não poder, do limite erigido pelo citado dispositivo constitucional.⁴⁰⁷ Ao mencionar “inafiançável”, a potencialidade abstrativa restou inafastável no processo interpretativo da norma. Apenas os crimes previamente designados pela normatividade como insuscetíveis, *ex ante*, de fiança, poderão ensejar o decreto prisional. Do contrário, bastaria o magistrado, à vista de qualquer delito, aduzir razões genéricas para justificar o descabimento da fiança na espécie.⁴⁰⁸

Nem se invoque razões de ordem política ou de emergência sensacionalista quanto à hipótese assinalada. Para além da insuperabilidade dos limites textuais, medidas alternativas à prisão bastariam para assegurar cautelarmente a cessação dos delitos vulgarmente agrupados sob o rótulo da “corrupção”, como o afastamento do mandato, ou mesmo sua perda, mediante o devido processo administrativo a tramitar na casa legislativa da qual se cuide.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 de maio de 2016.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O nome que o STF dá é o nome que fica? Eis o busilis do caso Delcídio!* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-stf-fica-eis-busilis-delcidio>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

6 A TEORIA PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTEÚDO ESSENCIAL DESSAS NORMAS

O desenvolvimento pluridimensional da teoria dos direitos fundamentais visa a subsidiar o reposicionamento fenomenologicamente adequado da questão da reserva do possível proposto pelo presente trabalho. A elucidação da dupla dimensão dos direitos sociais e a explicitação do processo de delimitação concreta do conteúdo essencial dessas normas tenciona alicerçar a interrogação da afirmada interação entre direitos sociais e escassez, desvelando a (i)legitimidade dos contornos nos quais é hodiernamente (in)compreendida.

6.1 Introdução à teoria dos direitos fundamentais de Peter Häberle

Peter Häberle parte de uma teoria normativo-institucionalista para desenvolver sua concepção sobre os direitos fundamentais.⁴⁰⁹ Ao contrário dos teóricos que vislumbravam os direitos fundamentais como portadores de uma origem axiológica pré-estatal, o autor propugna que referidas normas nascem e encontram sua concretude na positividade estatal.⁴¹⁰

Neste norte, a liberdade, vislumbrada pelos liberais como um espaço neutro imunizado à intervenção estatal, é concebida por Häberle como institucional por excelência. Sua existência mesma e seus contornos derivam da substancialidade constante do texto constitucional. Daí porque o autor atribui uma função social a toda liberdade e postula a influência de tal dimensão na delimitação dos contornos de seu âmbito normativo.⁴¹¹

Mais relevante que a consequência antes apontada em razão da definição normativo-institucionalista da liberdade, é sua inseparável classificação como liberdade fática. Deveras, a liberdade constitucionalmente assegurada pressupõe, como elemento interno de seu âmbito de proteção, a garantia das condições existenciais básicas para sua fruição. Há, portanto, uma relação de condicionamento subsistente entre os direitos fundamentais e o princípio do Estado Social e Democrático de Direito, pois, não estivesse o indivíduo em condições de exercitar efetivamente sua própria liberdade, então essa não passaria de um valor formal, posto figurativamente no papel.⁴¹²

Decerto, o resultado integral perseguido pela Constituição por meio da garantia dos direitos fundamentais estaria posto em discussão cada vez que uma parte dos titulares formais

⁴⁰⁹ HÄBERLE, 1997, p. 56.

⁴¹⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Ferro. Estudo introdutório de Diego Valadés. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003, p. 175.

⁴¹¹ HÄBERLE, 1997, p. 60.

⁴¹² *Ibidem*, p. 69.

desses direitos não pudesse exercitar em concreto suas próprias liberdades, porque faltante a elas a base econômica para uma existência digna. Em tal caso, os direitos fundamentais se vislumbrariam despidos de eficácia, resultando impedida a explicação de sua função social. Perderiam, outrossim, seu sentido como conformadores da coletividade, porque uma comunidade se forma somente entre pessoas formal e faticamente livres. Os indivíduos que, contrariamente, sofrem restrições econômicas intensas, tornam-se presas fáceis para aqueles que são mais fortes economicamente e, por esse motivo, têm nulificada sua capacidade de tomar decisões autônomas.⁴¹³

Demais disso, a garantia dos direitos fundamentais é essencial ao princípio democrático, constituindo dimensão interna dele. Isso porque a tutela escoreta dos direitos fundamentais é a única forma de permitir à minoria as possibilidades para que um dia se torne maioria. Os direitos fundamentais consubstanciam, sob esse prisma, condições de cidadania política, conformadores de um perfil de cidadania ativa.⁴¹⁴

6.2 A concepção normativo-institucionalista dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais revestem-se, para Häberle, de uma dupla dimensão. De um lado, consubstanciam direitos subjetivos outorgantes de garantias, faculdades e de poderes de ação para seus titulares. Por outro, em sua dimensão objetiva, conformam um sistema unitário responsável por ditar a direção a ser perseguida por uma coletividade, impondo aos agentes públicos que pautem suas condutas pelas balizas por eles estabelecidas.⁴¹⁵

Pari passu com a qualidade de direito subjetivo, os direitos fundamentais ostentam incontestemente função social, como salientou Gierke.⁴¹⁶ Isto é, a implementação, garantia e desenvolvimento dos direitos fundamentais põe-se, igualmente, a serviço dos objetivos maiores da comunidade política, expressos nos princípios estruturantes de sua Constituição. Com isso, não se quer dizer que a fruição subjetiva das normas fundamentais esteja na dependência de desígnios comunitários.⁴¹⁷ Estes aparecem apenas como passo intermediário, dado que, quanto ao núcleo essencial dessas normas, dotado da característica de trunfo, nenhuma objeção política de cunho metaindividual será cabível.

⁴¹³ HÄBERLE, 1997, p. 69.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 163.

⁴¹⁶ GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madrid, Espanha: Sociedad Española, 1904, p. 40.

⁴¹⁷ HÄBERLE, 1997, p. 63.

Certo é, porém, que o traçado dos limites imanentes dos direitos fundamentais opera-se pelos recursos metódicos concretistas, entre os quais aparece, com grande relevo, o elemento sistemático. Assim, em respeito ao princípio da unidade da Constituição, a delimitação de um direito fundamental não poderá desconsiderar o quadro constitucional sistêmico e a necessária interação com as demais normas definidoras de direitos fundamentais, ou com o mesmo direito fundamental de que se cuide, porém titularizado por outros membros da coletividade.⁴¹⁸

6.3 A delimitação dos direitos fundamentais e o princípio do equilíbrio

Por inserirem-se em um quadro normativo inter-relacional, os direitos fundamentais têm sua garantia matizada por uma concorrência entre interesse públicos e privados. A aplicação dessas normas envolve, portanto, sempre um exercício de harmonização entre tais interesses e de delimitação dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais tendo em vista sua ótima efetividade normativa. Destarte, a inserção dos direitos fundamentais em um sistema constitucional unitário e a correlação existente entre eles, sob os aspectos subjetivo e objetivo, reclama a persecução de um caminho harmonizador dessas normas, o qual, porém, não pode despi-las de sua cogência normativa, tampouco malferir a unidade constitucional.⁴¹⁹

Sob esse prisma, o princípio do equilíbrio de bens constitucionais, por meio da reserva dos princípios constitucionais gerais, parece uma solução constitucionalmente adequada. É dizer, os princípios constitucionais estruturantes são as pedras de toque a partir das quais o processo delimitativo (e não restritivo) dos direitos fundamentais será desvelado.⁴²⁰ No caso brasileiro, em construção intentada por este trabalho, sumariza-se os princípios gerais mediadores na vigente Constituição da República, sem a pretensão de exaustividade, porém. Noutra giro, qualificá-los como princípios gerais norteadores do processo de equilíbrio de direitos fundamentais não afasta as demais funções dessas normas, diretamente aplicáveis, ante a supremacia da Constituição.

Dito isso, elenca-se, *verbi gratia*, os seguintes princípios gerais: (a) princípio do Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB/1988); (b) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); (c) princípio do pluralismo (art. 1º, inc. V); princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único); (d) princípio da erradicação da

⁴¹⁸ HÄBERLE, 1997, p. 86.

⁴¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 87.

pobreza e da redução das desigualdades (art. 3º, inc. III); (e) princípio da não-discriminação (art. 3º, IV); (e) princípio do igual respeito e consideração (art. 5º, *caput*); (f) princípios da existência digna e da justiça social (art. 170, *caput*); (g) princípio do pleno emprego (art. 170, inc. III); princípio da propriedade privada socialmente funcional (arts. 5º, *caput*, e 170, inc. II); princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, inc. IV, e art. 170, inc. IV).

Com efeito, os princípios acima explicitados, além de outros, implícita ou explicitamente dessumidos do texto constitucional, assumem a função de mediadores do processo hermenêutico de delimitação dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais concorrentes em um dado caso. É em torno deles que a argumentação sobre o princípio do equilíbrio de bens constitucionais será travada.

É curial evidenciar a discrepância entre a teoria dos limites imanes de Friedrich Müller e o princípio do equilíbrio de Peter Häberle, de um lado, e a teoria da ponderação de Robert Alexy, de outro.⁴²¹ Os dois primeiros autores, ao contrário do jurista de Kiel, não aceitam a existência de efetivas colisões entre direitos fundamentais, vislumbrando essas como meramente aparentes e, por isso mesmo, melhor definidas como concorrências.⁴²²

Em observância ao primado da unidade da Constituição, ilegítima se revela a pressuposição de conflitos internos entre suas normas.⁴²³ Isso parece mais evidente diante da assunção de uma teoria concretista da interpretação constitucional. Se a norma jurídica é estruturada na realidade, desvelando-se apenas diante da concretude aplicativa, já pressupõe, ao longo desse processo, a contenção de seus limites na interação sistêmica com o todo da Constituição e com os demais direitos fundamentais postos em jogo.

A imbricação entre a interpretação constitucional e a forçosa inserção do ser da tradição linguisticamente presentificada atribui um fio de coerência ao projeto de delimitação normativa, a ser encontrado no aqui do presente à luz da continuidade perante a intencionalidade (e não intenção) inegável da alteridade normativa que fala por si no intérprete que a ausculta. Inexistem, portanto, colisões efetivas, tampouco sacrifícios de direitos em prol de outros, porque os limites, imanes, unicamente são dados na concretude aplicativa.

Ressalte-se que os direitos fundamentais somente podem arrimar seu processo delimitativo na tutela de bens jurídicos de igual hierarquia constitucional, admitindo circunscrição concreta cada vez que isso seja necessário para sua tutela. A esfera de

⁴²¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 117-118.

⁴²² MÜLLER, 2016, p. 110.

⁴²³ HÄBERLE, 1997, p. 94-95.

operatividade dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos que os delimitam apenas pode ser determinada mediante o impulso de um fundamento genuinamente constitucional.⁴²⁴ No caso dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, as cláusulas norteadoras de sua harmonização residem nas estruturas objetivas do princípio do estado social e democrático de direito, bem como dos princípios da dignidade humana, da existência digna, da redução das desigualdades e da igualdade. O conteúdo essencial indispensável para uma vida digna deve ser garantido mediante aferição na tradição presentificada, observando-se, contudo, eventuais extrapolações desse núcleo capazes de obstar que iguais pretensões se concretizem em relação a outros titulares do mesmo direito.

Há que se afugentar, pois, um mal-entendido. Os bens jurídicos constitucionais concorrentes não se encontram inseridos em uma relação de *supra* ou subordinação, de sorte que um excluiria o outro. Pelo contrário, estão coordenados de maneira que se condicionam reciprocamente, observado o império da interpretação sistemática e o princípio da unidade da Constituição, sempre guiados pelas cláusulas antes aduzidas.

Incabível considerar os direitos fundamentais como valores, o que remonta à tradição moderna neokantiana e, por essa razão, ainda se vislumbra atrelado à separação abissal entre sujeito e objeto. Valores, no sentido da metafísica moderna, corporificam universais racionalmente acessíveis, de valência invariável e a-histórica, em todas as épocas e civilizações.⁴²⁵

Ora, os direitos fundamentais não decorrem de um processo universalizador da pura razão prática, mas são decorrências de lutas históricas por reconhecimento, linguisticamente sedimentadas na tradição.⁴²⁶ A delimitação dos âmbitos normativos dessas normas, assim como a definição de seus conteúdos, apenas pode ser obrada na concretude histórica tradicional, em diálogo horizontal travado na existencialidade de intérprete oficial, partes litigantes, comunidade jurídica e alteridade normativa. Daí porque a visão negativista da liberdade e as concepções pré-jurídicas dos direitos fundamentais afiguram-se inadequadas diante do institucionalismo plural de Peter Häberle, atento à historicidade do Direito.

Assim, a Constituição instaura um sistema objetivo de direitos fundamentais, somente desvelado a cada vez na atualidade da concretude aplicativa, com relações de complementaridade e condicionamento recíproco entre seus diversos bens, outorgantes de direitos subjetivos.

⁴²⁴ HÄBERLE, 1997, p. 87.

⁴²⁵ MÜLLER, 2016, p. 130.

⁴²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, p. 49-70.

6.4 Os direitos fundamentais entre o absoluto e o relativo

A harmonização entre os diversos direitos fundamentais por meio do princípio do equilíbrio não conduz a uma relativização dessas normas, no entanto. De início, saliente-se que, posto que os direitos fundamentais ostentam a dimensão de regras, a garantia de sua efetividade não é uma característica estranha à sua substância, formando, mais precisamente, parte substancial daqueles. A força normativa dos direitos fundamentais é obtida por intermédio da aplicação concretista de seu efetivo exercício por parte de uma pluralidade de titulares.⁴²⁷ Porquanto correlativos à realidade social, os direitos fundamentais estão em constante atualização na esfera do ser, cuja ponte insuplantável com o dever-ser dá margem para arguições de inconstitucionalidade acerca de sua inefetivação, ou mesmo de sua proteção insuficiente.

Evidenciados os limites admissíveis dos direitos fundamentais como ancorados na relação de reciprocidade subsistente entre esses direitos e os bens jurídicos que colocam limites a eles, e posta a concorrência entre bens jurídicos subjacentes a diferentes plexos de direitos fundamentais, então se deve recorrer a uma fórmula que torne mais íntima possível as relações entre tais normas.⁴²⁸ A esse desiderato, assoma apropriado o conceito de limites imanentes dos direitos fundamentais. Como se pode intuir pela nomenclatura empregada, não se trata de ponderação que afeta os direitos fundamentais desde seu exterior.⁴²⁹

Entre os direitos fundamentais e seus limites, bem como os bens jurídicos tutelados por estes, subsiste uma íntima relação, que pode ser compreendida tão somente se distinguida como essencial. Assim, os limites essenciais dos direitos fundamentais indicam a um direito fundamental o lugar que lhe corresponde desde o princípio no quadro integral da Constituição.⁴³⁰

Importa consignar que os limites imanentes devem ser definidos singularmente para cada direito fundamental presente, tendo em vista a tradição linguística e sua mediação hermenêutica com o horizonte atual de aplicação normativa. Disso deflui que mencionados limites, de ordinário, não são imutáveis, alargando-se e constringendo-se conforme a historicidade linguística, mas sempre impondo ao intérprete um pesado ônus argumentativo

⁴²⁷ HÄBERLE, 1997, p. 96.

⁴²⁸ Ibidem, p. 99.

⁴²⁹ MÜLLER, 2016, p. 106.

⁴³⁰ HÄBERLE, 1997, p. 109.

para fazê-lo. A doutrina da imanência, diversamente da tese da ponderação, parte de uma ideia de concorrência entre direitos.⁴³¹

De outra parte, não é admissível que uma lei infraconstitucional explicitamente a delimitação de um direito fundamental sem o respaldo na tutela de direitos fundamentais de igual estatura, embora os bens jurídicos não sejam enumerados de maneira exaustiva em cada um dos direitos garantidos pela Constituição. É peremptoriamente defeso ao legislador avançar no campo absolutamente tutelado pelos direitos fundamentais, o qual é circunscrito pelos denominados limites essenciais. No entanto, ao legislador não se impede de avançar até que esbarre contra tais limites essenciais.⁴³²

Por oportuno, antes de retomar o fio dialógico da exposição, cabe assinalar uma das principais diferenças entre a concepção liberal de direitos fundamentais e a desenvolvida pelo pluralismo democrático de Häberle. A ideia de intervenções e restrições em direitos fundamentais, e a conseguinte lucubração de suportes fáticos amplíssimos, para não dizer irrestritos, advém da ideia liberal de que o Estado é um mal necessário que atua constringendo liberdades a ele preexistentes e que, por isso mesmo, são incontáveis, até que ele as constanja, em intervenções/restrições desferidas por intermédio da legalidade.⁴³³

O legislador nem sempre esgota todos os poderes de avançar até os limites essenciais, no entanto. Inexistindo uma necessidade atual de tutela de um bem jurídico respaldado noutro direito fundamental, os limites essenciais se desviam do exterior. Assim, para Häberle, os direitos fundamentais passam a se revestir de uma dupla natureza: regras até os limites de seu conteúdo essencial e princípios no exterior correlato ainda não constringido pela legislatura.⁴³⁴ Não parece frutífera, no entanto, a distinção, porque em todo caso o direito fundamental somente se desvela diante da concretude aplicativa, já aparecendo como regra, ainda que no nível pré-compreensivo. Deste modo, quanto a este ponto, em particular, o presente trabalho se aparta da distinção morfológica esposada por Häberle, a qual se reputa incoerente com o conjunto da teoria desenvolvida por esse autor.

Nesse diapasão, tem-se que os direitos fundamentais estão absolutamente garantidos no âmbito de seu conteúdo essencial, traçados por seus limites imanentes. Ao concretizá-los,

⁴³¹ MÜLLER, 2016, p. 159.

⁴³² HÄBERLE, 1997, p. 112.

⁴³³ Nesse sentido, a concepção de suporte fático amplo dos direitos fundamentais propugnada por Robert Alexy. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 108-112.

⁴³⁴ HÄBERLE, 1997, p. 114.

o legislador não os relativiza, mas os reforça e os determina. Os limites imanentes são, portanto, um corolário do conceito de direito fundamental.⁴³⁵

Feitas essas considerações, é de se concluir que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais situa-se no cerne de seus limites imanentes, ditados não por uma negociação entre direitos colidentes, mas desde o significado concreto mesmo do direito do qual se trate perante a ambiência constitucional e em face de sua imersão linguístico-tradicional. Noutras palavras: o conteúdo essencial de um direito fundamental possui natureza existencial, e não formal ou procedimental. Esse caráter existencial não é perdido pela codeterminação operada a partir da interação com outros bens jurídicos possuidores de hierarquia constitucional igual ou superior. Ao revés, precitada interação coadjuva na densificação dessa existencialidade.

A linha argumentativa tecida por Häberle pretende dar cabo da infrutífera discussão entre as teorias relativas e absolutas dos direitos fundamentais. Assenta o constitucionalista germânico, de modo categórico, que os direitos fundamentais, no que toca ao seu conteúdo essencial, possuem natureza absoluta, inadmitindo qualquer arrefecimento da proteção ofertada por seu âmbito normativo.⁴³⁶ Nada obstante, para a determinação de tal núcleo essencial, imperioso o recurso ao princípio do equilíbrio, com a devida consideração dos nexos sistêmicos hauridos da interface com outras normas definidoras de direitos fundamentais, de molde a traçar os aduzidos limites imanentes.⁴³⁷

Que fique bem claro, porém, que apenas normas de idêntica estatura constitucional poderão influir sistematicamente na delimitação dos limites imanentes dos direitos fundamentais e que, feito isso, o conteúdo essencial então decorrente possuirá natureza absoluta, aplicando-se à maneira binária.

A existencialidade do processo determinativo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quer significar, em primeiro lugar, que se trata de uma mostração atual de concretização, nos termos em que definidos por Friedrich Müller e por Konrad Hesse. Noutro giro, e mais destacadamente, trata-se de gizar que o conteúdo essencial é a resultante parcial e provisória de um processo incessante de fusão de horizontes no devir da tradição linguisticamente evocada, em trazer à fala da alteridade normativa por parte do intérprete-aplicador, no desabrochar do círculo hermenêutico deflagrado em sua situação hermenêutica.

Não há como, portanto, pretender fixar em abstrato o conteúdo essencial de um direito fundamental, dada a extrema latitude de seu âmbito normativo e os elevados plasmados de

⁴³⁵ HÄBERLE, 1997, p.116.

⁴³⁶ Ibidem, p. 126.

⁴³⁷ Ibidem, p. 127.

historicidade que imantam tais normas.⁴³⁸ Os princípios estruturantes, antes referidos a partir da Constituição brasileira, analogamente ao encetado por Häberle em relação à Lei Fundamental de Bonn, atuam como *topoi* normativamente vinculados a condicionarem o jogo interpelativo dialeticamente estruturado na argumentação jurídica. Sobre o desiderato de sua teoria, esclarece Häberle:

A determinação do conteúdo essencial aqui proposta está pensada como tentativa de vincular entre si os objetivos e os resultados substanciais da teoria absoluta e da assim chamada teoria relativa do conteúdo essencial. Quer-se demonstrar que, não raras vezes, as teorias que se contrapõem de maneira irreconciliável desenvolvem pontos de vista que não se excluem absolutamente, e que, pelo contrário, podem ser reconduzidas a uma reconciliação *non modo sed etiam*, um fato certamente não excepcional nas disputas jurídicas. Seguramente, não foi dada com ele uma solução patenteada para a determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, com boas razões, se pode francamente duvidar da existência de uma solução semelhante.⁴³⁹

Calha, ainda, avançar na diferenciação entre o princípio do equilíbrio, proposto por Häberle, do princípio da proporcionalidade, preconizado por parcela dos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão e por autores como Robert Alexy, ainda que, no último caso, com maior sofisticação e embasamento teórico, bem distinto da tratativa vulgar dispensada à ponderação pelas decisões pátrias.⁴⁴⁰

Em apertada síntese, segundo Häberle, o princípio da proporcionalidade exige que os meios empregados para alcançar o fim perseguido sejam adequados. Nessa acepção, no entanto, a proporcionalidade deve necessariamente ser secundária em relação ao manejo do princípio do equilíbrio, este sim capacitado para traçar os limites imanentes dos direitos fundamentais. Aplica-se a proporcionalidade, no sentido descrito, a fim de reelaborar os modos de exercício mais adequados para um direito fundamental já previamente delimitado. Nestes termos, tanto o legislador quanto o administrador encontram uma baliza para o exercício de seu espaço de conformação acerca dos mecanismos a serem utilizados para efetivar um direito, cujos limites já foram ditados pelo princípio do equilíbrio. Jamais poderá servir a proporcionalidade como médium para a configuração de limites aos direitos fundamentais, uma vez que, como já assentado, esses são imanentes e, promovida sua fixação

⁴³⁸ HÄBERLE, 1997, p. 120.

⁴³⁹ Ibidem, p. 126-127.

⁴⁴⁰ MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 176.

na concretude atual da situação hermenêutica, o conteúdo inserido nos seus lindes reveste-se de natureza absoluta.⁴⁴¹

6.5 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam um duplo conteúdo constitucional. De um lado, figuram como direitos subjetivos individuais, estabelecendo-se como direitos das pessoas. Por outro, representam garantias institucionais de esferas da vida reguladas e organizadas segundo princípios de liberdade que, em razão de seu significado objetivo-institucional, não se deixam enclausurar na esquematização simplória de liberdades individuais como meros limites à ação estatal.⁴⁴²

Destarte, o aspecto institucional dos direitos fundamentais se encontra em uma relação de equivalência complementar com sua dimensão subjetivo-individual. À institucionalização do direito fundamental não se faz acompanhar qualquer debilidade das liberdades individuais: elas são, ao revés, reforçadas, porquanto, para a fruição de um direito fundamental no plano subjetivo, não basta a potencialidade de sua invocação individual em juízo. Necessária se mostra a salvaguarda de um âmbito existencial no qual esse possa ser exercido em toda sua plenitude.⁴⁴³

A Constituição da República, para além de carta de garantias individuais, ostenta um projeto constitucional, destinado à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, sem pobreza, com baixos índices de desigualdade social, despida de discriminações arbitrárias e na qual cada um tenha o direito de ser o que quiser.⁴⁴⁴ Nesse diapasão, afirmar que os direitos fundamentais possuem um aspecto funcional destinado à concretização desse projeto de sociedade em nada desmerece seu jaez humanista, dado que, porquanto a dimensão comunitária se revela imprescindível à plena fruição dos direitos da pessoa, esta persevera como fim último do ordenamento jurídico.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais deve seu desconhecimento, em grande medida, à separação abissal entre ser e dever-ser brandida pelos corifeus do positivismo jurídico. Situada em campo alheio às preocupações do cientista do Direito, a efetivação das normas constitucionais e a conseguinte edificação de âmbitos da vida especulares ao projeto

⁴⁴¹ HÄBERLE, 1997, p. 127-128.

⁴⁴² Ibidem, p. 163.

⁴⁴³ Ibidem, p. 165.

⁴⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 45.

constitucional restou negligenciada por longo período pela doutrina constitucional. Demais disso, as consequências horrendas da supervalorização da dimensão institucional, por teóricos como Carl Schmitt⁴⁴⁵, culminantes na total supressão do indivíduo no organismo estatal, contribuíram para o descrédito do pensamento institucionalista.

Com efeito, a recuperação normativa do institucionalismo por Peter Häberle, com sua teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, quer acentuar que as liberdades individuais necessitam de esferas normativo-institucionais garantidas para serem exercidas. Vale dizer, o fim último da ordem constitucional permanece centrado na dignidade da pessoa humana, mas se percebe que, para a plenitude de sua realização, é imperiosa a concretização de âmbitos da vida no cerne dos quais essa se realize. O ser-com-outros é existencial indissociável do ser-aí, mormente ante seu ser-linguagem.

Precitadas considerações exercem indubioso impacto na delimitação dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais e, correlatamente, na definição de seu conteúdo essencial. Os direitos fundamentais são desde o princípio correlativos aos âmbitos da vida nos quais se inserem. Deles recebem sua forma e função e podem desenvolver seu significado tão somente em tais esferas existenciais. Não há como abstrai-los de tais campos de sentido institucionalizados. Evidentemente, não se tratam de âmbitos imutáveis, estando em constante cambiância, força de sua configuração tradicional-linguística, em permanente devir. Tudo isso está a significar que são admissíveis delimitações aos direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais a partir dos direitos fundamentais considerados como institutos, compreendendo-se esse processo como interno e essencial, dado que *conditio sine qua non* para o exercício de ambos os plexos, individual e institucional. Do mesmo modo, a efetivação dos direitos subjetivos individuais é indispensável para reforçar as condições de vida sob as quais a objetividade institucional se funda, em concretização do projeto constitucional.⁴⁴⁶

A vinculação entre as dimensões subjetiva e institucional dos direitos fundamentais será mais ou menos forte a depender do direito do qual se cuide. Acerca dos direitos fundamentais sociais, é indiscutível que tal vinculação se apresenta de modo forte.⁴⁴⁷ Em um aspecto positivo, a construção do projeto de sociedade delineado na Constituição da República Federativa do Brasil, destacadamente nos arts. 1º, 3º e 170, *verbi gratia*, impescinde da plena efetivação dos direitos subjetivos sociais previstos nos arts. 6º, 7º, 196, 201, 203, 205, 215, 217, 218, 225, 226, 231, entre outros.

⁴⁴⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de La constitución*. Madrid: Alianza Universidad, 1992, p. 94-95.

⁴⁴⁶ HÄBERLE, 1997, p. 191.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 268.

É assaz elucidativo, inclusive, que o constituinte tenha denominado o título VIII da Constituição da República de “Da ordem social”, ressaltando no art. 193 o bem-estar e a justiça sociais como escopos últimos desse projeto. O vocábulo ordem remete indiscutivelmente à ideia de instituição, a evidenciar a umbilical relação entre as dimensões individual e institucional dos direitos fundamentais sociais. Quer-se, indubitavelmente, de modo normativo, cogente e peremptório, instaurar um estado de bem-estar social, ou, como disse Eros Roberto Grau, um capitalismo de face humana, de molde a salientar a coexistência entre o bem-estar, inarredável, e a economia capitalista, mal ainda necessário.⁴⁴⁸

Outra pronunciada consequência da dupla dimensão dos direitos fundamentais, já presente na teoria estruturante do Direito de Müller, é a conversão da dimensão da efetividade como um problema jurídico, e não meramente sociológico. Ao lado da validade, da existência e da eficácia jurídica, a efetividade social se apresenta como quarto plano jurídico a ser imperativamente sopesado pelo intérprete. A escada ponteaniana ganha mais um degrau, talvez o mais premente e relevante na contemporaneidade.

Nessas razões, estabelece-se uma interdependência eficaz entre as duas dimensões dos direitos fundamentais. Se um direito fundamental é efetivamente exercitável apenas por uma minoria, restando sonogado à plebe desguarnecida, sua dimensão institucional é duramente vulnerada, ou, em casos extremos, nulificada. Hans Kelsen já postulava, a despeito de sua incontestável separação entre ser e dever-ser, que um mínimo de eficácia social se afigura como *conditio sine qua non* à validade jurídica de uma norma.⁴⁴⁹ Häberle, já inserido em uma visão concretista e pós-positivista do Direito, vai além, ao asseverar que a institucionalidade jurídica é posta em jogo ante um reduzido grau de efetividade subjetiva das normas definidoras de direitos fundamentais.⁴⁵⁰

A par da inafastabilidade da tutela jurisdicional subjetiva dos direitos fundamentais, independente, em qualquer caso, da *interpositio legislatoris*, também a dimensão institucional ou objetiva dessas normas deve merecer a necessária salvaguarda jurídica, em respeito ao princípio constitucional da proibição da proteção deficiente. Casos há em que a vulneração massiva das esferas subjetivas tuteladas sob as normas jusfundamentais torna inócua a propositura de ações individuais para tal desiderato, restando a descoberto a institucionalidade antes mencionada.

⁴⁴⁸ GRAU, 2010, p. 220-221.

⁴⁴⁹ KELSEN, 2009, p. 238.

⁴⁵⁰ HÄBERLE, 1997, p. 210-213.

Diante dessa circunstância, a jurisprudência constitucional colombiana elaborou a figura do estado de coisas inconstitucional, destinada à proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Aludido construto protetivo tem como pressupostos a violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais do sistema juspolítico e que decorram da omissão ou atuação inadequada de diversas esferas do poder estatal, persistentes por um largo período temporal.⁴⁵¹

Em face disso, constatando a existência de um estado de coisas inconstitucional, o Tribunal Constitucional colombiano, no caso das vulnerações de direitos dos povos *desplazados*, refugiados em razão da guerra ao narcotráfico, especialmente às FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), determinou que os três poderes da República elaborassem um conjunto de políticas públicas destinadas à garantia do conteúdo essencial dos direitos à moradia, alimentação, saúde, educação e liberdade, entre outros, dessas populações.⁴⁵²

Conforme observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a declaração do estado de coisas inconstitucional impõe a prolação das denominadas sentenças estruturais, por meio das quais o Poder Judiciário determina aos atores políticos implicados a implementação de um plano coordenado de ações institucionais para o restauro da efetividade objetiva mínima dos direitos fundamentais envolvidos.⁴⁵³ Ao fazê-lo, a Corte Constitucional não define o conteúdo das políticas públicas reclamadas, mas, por intermédio da figura da reserva de jurisdição, examina periodicamente o cumprimento das metas estabelecidas e a conformidade constitucional dos programas estatais, a fim de franquear, em um espaço razoável de tempo, a superação do quadro de inconstitucionalidade declarado.⁴⁵⁴

Eventuais objeções concernentes à violação do princípio da separação dos poderes são afastáveis pelo rigor dos pressupostos fixados para a declaração do estado de coisas institucional. Há que se ter, ressalte-se, comprovada violação massiva de direitos fundamentais, que resulte, forçosamente, de bloqueios institucionais apurados na ausência de coordenação entre mais de uma dimensão do poder estatal.⁴⁵⁵

O estado de coisas inconstitucional foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido na Medida Cautelar parcialmente concedida no bojo da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 347/DF. Cuidou-se, na espécie, da calamitosa

⁴⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 95.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 99.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 187.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 204.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 214.

situação do sistema carcerário brasileiro, cuja precariedade generalizada conduz diuturnamente a intensas violações dos direitos fundamentais dos detentos, derruindo a dimensão institucional dessas normas no que toca aos direitos constitucionais da população prisional.⁴⁵⁶

Decerto, em diversos flancos abarcados pelos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais sociais, a vulneração de sua dimensão objetiva pode ensejar semelhante declaração. Quanto aos bloqueios institucionais incidentes a esse respeito, são, no mais das vezes, flagrantes, dada a sanha do *establishment* econômico em reduzir os custos com prestações positivas estatais, a fim de suportar as desonerações fiscais sobre os detentores do capital, bem assim a manutenção de recursos para o pagamento de vultosos juros ao rentismo de conveniência.⁴⁵⁷ A imbricação entre poder político e econômico, verificada, exemplificativamente, no financiamento privado de campanhas e no malsinado “caixa dois”, erige tormentosa barreira para a devida proteção dos direitos sociais, dado que, em vez de representar a maioria da população, parcela considerável dos atores políticos responde aos interesses daqueles que patrocinaram financeiramente suas campanhas eleitorais.⁴⁵⁸

Afigura-se sobremodo adequado, portanto, o mecanismo processual contemplado pelo construto do estado de coisas inconstitucional, com o fito de guarnecer o plano institucional dos direitos fundamentais, desvelado de modo lapidar por Peter Häberle.

6.6 Síntese parcial: a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, correspondente ao núcleo judicialmente sindicável dessas normas, obedece, portanto, tanto ao aspecto subjetivo, mediado pelo princípio do equilíbrio, quanto ao aspecto institucional, especialmente desvelado nos âmbitos da vida traçados pelas cláusulas estatuidoras dos projetos constitucionais, *e. g.* arts. 3º e 170 da CRFB/1988.

Do ponto de vista subjetivo, cabe ao intérprete desvelar, na concretude aplicativa atual, imersa na tradição constitucional histórico-linguística, o âmbito normativo contemplado nos limites iminentes do direito fundamental apreciado. Não há como se cogitar de um

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 de fevereiro de 2016.

⁴⁵⁷ GRAU, 2010, p. 46-47.

⁴⁵⁸ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 60.

significado atemporal e abstrativamente válido de uma norma jusfundamental. Assim como se passa com a compreensão em geral, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sempre reluz na fusão de horizontes obrada a partir da situação hermenêutica do presente, em mostrações de sentido cambiantes e frutificadas por meio de um diálogo travado entre a alteridade normativa e a atualidade do intérprete, o que, no plano jurídico, como já se assentou, deve ocorrer imperiosamente de modo polifônico e dialógico.

No que tange à dimensão institucional dos direitos fundamentais, especial atenção há que ser dedicada entre o âmbito da vida projetado por tais normas, cuidando-se de harmonizar suas fruições individuais com a concretização das situações existenciais plasmadas por cada um dos direitos fundamentais, bem como pelo inarredável nexos sistemático existente entre eles, corolário da unidade da Constituição.⁴⁵⁹

Distintamente do que se passa em relação à ponderação de princípios, não se trata, sob esse prisma, da prevalência de um direito em face de outro, tampouco da compensação entre os supostos graus de restrição impostos a um plexo de direitos em prol dos graus de importância de satisfação de outro conjunto de normas. Ao revés, os direitos fundamentais se encontram umbilicalmente vinculados, de sorte que, sendo uns pressupostos de concretização de outros, subjetiva e institucionalmente, o traçado de seus limites imanentes, e não de alegadas restrições internas, compreende tais nexos sistêmicos, assim como a dupla dimensão antes descrita.⁴⁶⁰

A indivisibilidade dos direitos fundamentais é exemplificada, arquetipicamente, na sempre lembrada dependência recíproca entre as liberdades individuais e os direitos sociais. Não há como se cogitar de liberdade de locomoção sem a garantia do direito ao transporte público, do mesmo modo que não se pode pensar em liberdade profissional despida da garantia do conteúdo essencial do direito à educação.

De outra parte, a função social atribuída aos direitos fundamentais, como se passa em relação ao direito à propriedade privada, contempla os limites institucionais de significatividade imanente dessas normas. Inexiste direito à propriedade que transcenda sua vinculação geradora de bem-estar coletivo. Somente se concebe a propriedade privada, na ótica do capitalismo de face humana abarcado pela Constituição da República, como mal menor destinado à geração de recursos para o provimento integral dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente estabelecidos.⁴⁶¹ Assente-se, desde

⁴⁵⁹ HÄBERLE, 1997, p. 315.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 343.

⁴⁶¹ GRAU, 2010, p. 240.

logo, portanto, o equívoco de se contrapor a efetivação dos direitos fundamentais sociais a um afirmado limite global intransponível da carga tributária, supostamente ancorado no direito individual à propriedade.

6.7 O pluralismo metodológico na concretização constitucional

A teoria pluridimensional da Constituição de Peter Häberle não se cinge a elucidar a dupla dimensão da normatividade constitucional. Para além disso, testifica o necessário pluralismo metodológico no processo de concretização constitucional, bem como a pluralidade de atores que dele tomam parte. A pluridimensionalidade, portanto, objetiva adequar o Direito Constitucional contemporâneo a uma concepção de democracia material conformada pelos direitos fundamentais e destinada à sua efetivação.⁴⁶²

Sobre o pluralismo metodológico no mister interpretativo constitucional, Häberle propugna que os problemas constitucionais devem determinar a mirada metodológica de sua resolução, não sendo justificável, portanto, o apego figadal a determinado(s) método(s). Noutros dizeres, o que antes se repugnava como sincretismo metodológico assume feição produtiva diante da ductilidade desvelada pelo neoconstitucionalismo.⁴⁶³ Assim, pondera Häberle:

Um Tribunal Constitucional não pode se ocupar da pureza das teorias e dos métodos em si. Em vez disso, deve resolver um problema relativo ao caso concreto, relativo aos direitos fundamentais, de tal modo que se alcance um mínimo de aceitação do resultado na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ou dos direitos fundamentais. Essa integração pragmática de elementos teóricos e de conflitos de métodos e de interesses, por parte das Cortes Constitucionais, é tão necessária quanto uma exposição antinômica e antagônica dos modelos teóricos por parte dos estudiosos. Ambos os aspectos constituem o quadro geral de uma “Constituição do pluralismo” (*Verfassung des Pluralismus*) e são igualmente indispensáveis. A relação com o caso particular, a necessária flexibilidade das decisões das Cortes Constitucionais, o postulado da função de integração, tudo isso, distingue a jurisdição constitucional.⁴⁶⁴

Não bastasse isso, o aferramento permanente a determinada matriz teórica importaria a petrificação do *status quo* de determinado momento da história constitucional, obstando o exigível desenvolvimento das constituições viventes do Estado Democrático de Direito. As mostrações dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais, sujeitos ao princípio da história efetual, quedariam sufocadas pelo fôrceps teórico, obstando que novos sentidos de

⁴⁶² HÄBERLE, 1997, p. 281.

⁴⁶³ ZAGREBELSKY, 2011, p. 17-18.

⁴⁶⁴ HÄBERLE, 1997, p. 273.

concretude dessas normas emergissem, em deletério barramento dos ganhos de densidade institucional do projeto constituinte.

O pluralismo metodológico na concretização constitucional encontra respaldo, outrossim, em análise encetada à luz da hermenêutica filosófica. Vislumbrada a compreensão adequada como um movimento dialógico de perguntas e respostas entre o ser do intérprete e a alteridade que se quer comunicada no horizonte do presente, a pergunta há de ser constantemente reformulada diante do luzir da coisa, a determinar a reprojeção da mirada preconceitual inicialmente desfechada.⁴⁶⁵

Nesse diapasão, as perguntas adequadas às coisas não se apresentam *ex ante* ao intérprete, apenas se conformando na circularidade hermenêutica do diálogo. Inevitável, portanto, que o método, entendido sob a designação de um caminho sobre o “como perguntar”, sofra o influxo de tal devir dialético, a respaldar sua necessária flexibilidade, que se faz amoldar e substituir em face das mostrações da normatividade constitucional concretizanda.⁴⁶⁶

Por certo, a pergunta deve ser trazida à fala do intérprete, mormente com o escopo de submetê-la à aferição de sua legitimidade, assim como da adequação do campo de preconceitos que lhe subjazem, a serem postos em confronto com o *alter* interpretado. Nessas razões, na seara jurídica, com maior razão se impõe ao intérprete oficial o dever de explicitar os contornos das pressuposições metodológicas por ele perfilhadas e de fundamentar sua adequação diante da alteridade normativa. A metódica de interpretação jurídica passa a corporificar, portanto, não a resultante de uma escolha discricionária do julgador, ao alvedrio de suas filiações acadêmicas, mas uma construção que deve se mostrar como a pergunta democraticamente adequada em face do plexo normativo em concretização, observada, reiterar-se, a inafastável imersão na tradição linguisticamente compartilhada.⁴⁶⁷

Mais do que isso, é mandatário que os juízes considerem em suas decisões os núcleos argumentativos apresentados pelas partes processuais e pela academia jurídica acerca dos arcabouços metodológicos mais apropriados à interrogação hermenêutica da norma jurídica concreta. O princípio democrático se impõe durante todo o percurso da concretização jurídica, desde as pré-compreensões sobre o programa normativo e o âmbito da norma até o comando sentencial constante na parte dispositiva do *decisum*. Se a compreensão é desde o início e incessantemente aplicação, descabido seria restringir o dever de fundamentação judicial ao

⁴⁶⁵ GADAMER, 2015, p. 492.

⁴⁶⁶ MEGALE, 2008, p. 358.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 359.

suposto resultado do processo, porquanto tal resultado já se acha em formação cooriginária com o aflorar do problema juridicamente relevante.

Ante o exposto, há que se ressaltar que, tirante a filiação teórica à hermenêutica fenomenológica, este trabalho não se prende integralmente às concepções de determinado teórico do direito, abeberando-se dos contributos ofertados por juristas de diversas matrizes teóricas, segundo o enfoque determinante do problema apreciado. O pluralismo metodológico de Häberle é, pois, expressamente adotado para o reposicionamento fenomenológico do problema da reserva do possível ante a compreensão constitucionalmente adequada do processo de concretização dos direitos fundamentais sociais. Destarte, as querelas emulativas entre os sequazes enlevados de teóricos do direito, tais como os intitulados “dworkinianos”, “alexianos” e “habermasianos”, prestariam maior ademão à aplicação do Direito caso se convertessem em um diálogo colaborativo fulcrado na perscrutação do que cada uma dessas veredas teóricas tem de melhor a oferecer ao propósito fortificador da normatividade constitucional.

Nesse sentido, é de se rememorar a máxima de Friedrich Müller, segundo a qual os elementos diretamente referidos à positividade normativa constitucional guardam supremacia hierárquica em face dos elementos dogmáticos e de teoria jurídica⁴⁶⁸. A centralidade, portanto, deve residir na concretude normativa constitucional, em seus dizeres e redizeres aplicativos no horizonte histórico-linguístico do presente, e não na apreensão exclusivista do pensamento jurídico de determinado autor.

6.8 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a hermenêutica fenomenológica

Os achados da ontologia da compreensão de Martin Heidegger e seus posteriores desenvolvimentos na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer impactam noutro sentido, igualmente decisivo, o trabalho de concretização constitucional. O caráter existencial da compreensão se mostra presente, outrossim, na interpretação constitucional, de modo que, desde o início e sempre, se está a interpretá-la, na concretização diuturna de seus preceitos por todos os seus destinatários.⁴⁶⁹ Dada a concomitância do ser-no-mundo e do instalar-mundo que caracteriza as constituições, imersas na historicidade linguística da tradição, porém pretendentes à instauração de âmbitos da vida defluídos das mostrações significativamente concretas de sua tessitura normativa, viver sob uma ordem constitucional democrática é

⁴⁶⁸ MÜLLER, 2008, p. 244 et. seq.

⁴⁶⁹ HÄBERLE, 1997, p. 275.

incessantemente aplicá-la, ainda que inconscientemente. Ser-no-mundo é, portanto, também viver-constituição, ainda que, neste último caso, se trate de fenômeno tardio e derivado.

Ante o exposto, o rol dos intérpretes da Constituição deve ser reflexivamente expandido para abarcar todos os participantes do processo de concretização de suas normas. A adstrição aos intérpretes oficiais, além de antidemocrática, desconsidera a vivência constitucional, a qual impossibilita a formulação de um elenco *numerus clausus* de aplicadores da Constituição. Nestes termos, afirma Peter Häberle:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la (*Wer die Norm "lebt", interpretiert sie auch mit*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorisch Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.⁴⁷⁰

Com efeito, a interpretação constitucional não se reduz a um processo restrito aos órgãos estatais e aos participantes de procedimentos administrativos e judiciais. Trata-se de tarefa que envolve potencialmente a todos os afetados pelas normas insculpidas na Constituição. Assim, Häberle destaca, além dos atores antes mencionados, os grupos de pressão organizados da sociedade civil, sindicatos, associações, a opinião pública democrática e pluralista e a doutrina constitucional, esta última exercente de dupla função: exercitar diretamente a interpretação constitucional e, além disso, sistematizar os processos concretizadores promanados das outras forças democráticas anteriormente referidas.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1205>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

Importante ressalva merece ser feita acerca da influência da opinião pública na interpretação constitucional. Não foi em vão que Häberle empregou os adjetivos “democrática” e “pluralista” para qualificar a opinião pública que atua como intérprete legítima da Constituição. Ao fazê-lo, por óbvio, rechaça a assunção de interpretações (in)constitucionais desfraldadas pelos grandes grupos de mídia oligopolizados, como verificado na imprensa brasileira, no mais das vezes fiel representante do *establishment* econômico, nada pluralista e pouco afeto à democracia.

Daí porque a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, proposta por Häberle, não há que ser confundida com decaimento irrefletido no falatório. Das instâncias oficiais de concretização constitucional exige-se lida crítica com os projetos interpretativos promanados da cotidianidade mediana. Não se sugere a autenticidade absoluta, o que poderia afrontar o propósito ordenador e prescritivo do Direito, mas o exercício cômico de dialéctica hermenêutica hábil a conferir plasticidade e mobilidade às redes referenciais de sentido incrustadas no corpo social, em ampliação horizontal capacitada à legitimação democrática das decisões.

Pelas mesmas razões, a interpretação constitucional não pode se fiar no simples consenso. É bom que se frise: este trabalho rejeita a identificação da concretização constitucional hermenêuticamente adequada com a mera ideia de consenso. Conforme mostra Noam Chomsky, os *mass media* podem habilmente (e constantemente o fazem) industrializar consensos sociais transitórios favoráveis aos desígnios do grande capital.⁴⁷² Hodiernamente, e. g., se intenta justificar as flagrantemente inconstitucionais “reformas” trabalhista e da previdência com fulcro em matérias jornalísticas falaciosas a propalarem uma iminente e catastrófica crise fiscal, em verberação capciosa dos sofismas urdidos pelos *think tanks* neoliberais.

Tecidas essas admoestações, a concretização constitucional deve ser obrada no cerne da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Mencionada concepção evoca a ideia de autocompreensão de todos sujeitos afetados em seus direitos fundamentais, de cujo processo de delimitação do conteúdo essencial são partícipes ativos.⁴⁷³ De efeito, na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a compreensão juridicamente adequada é alcançada pelo descerramento de uma pluralidade de horizontes hermenêuticos, em ampliação polifônica da dialética de perguntas e respostas, ensejadora de múltiplas confirmações e negações projetivas

⁴⁷² CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2013, p. 23.

⁴⁷³ HÄBERLE, 2015, p. 39.

diante da alteridade normativa contemplada, a potencializar a construção da norma jurídica concreta mais consentânea à singularidade jurídica presentificada na realidade do caso.

Noutras palavras: o alargamento da esfera de intérpretes da Constituição, ao mesmo tempo em que multiplica de modo exponencial o arcabouço de pré-compreensões capacitadas a desvelarem adequadamente o ser da alteridade normativa, acresce a controlabilidade dessas pré-compreensões quanto à sua reflexividade e legitimidade, porquanto dilata as possibilidades argumentativas de confirmações e refutações, com o prolongamento da instância crítica.

Demais disso, além de desejável, o desenvolvimento de um processo interpretativo aberto da Constituição é uma exigência imposta pelo princípio democrático. A necessária integração da realidade no processo de construção normativa, bem assim a impossibilidade de vinculação metodológica absoluta da aplicação do Direito, determinam a conseguinte inserção argumentativa dos intérpretes em sentido amplo que compõem tal realidade e a conversão do mister concretizador em mostração jurídica democraticamente orientada, com a exposição das pré-compreensões dos intérpretes oficiais ao confronto crítico em face da coisa que se quer trazer à fala. Deste modo, assinala Häberle:

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na mediada em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!).⁴⁷⁴

O primado da soberania popular, insculpido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República, não se faz observar apenas em relação aos mecanismos de representação democrática e aos instrumentos de democracia direta previstos no art. 14 do mesmo diploma. A participação popular na realização dos direitos fundamentais e em seu processo de concretização é direito de cidadania dessumido dos sistemas constitucionais democráticos, como observa Häberle.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ HÄBERLE, 2015, p. 36.

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 40.

Consigne-se que a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição não se materializa apenas por intermédio das audiências públicas, previstas nos arts. 927, § 2º, e 983, §1º, do Código de Processo Civil, e nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei nº 9.868/1999, além de outros dispositivos infraconstitucionais. Embora configurem o corolário procedimental mais comentado do pensamento de Peter Häberle, não consubstanciam o essencial, que é a reflexividade explícita, na construção dos provimentos decisórios, dos diversos projetos compreensivos colhidos da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Acontece, assim, fusão horizôntica ampliada diante dos campos de sentido descortinados pela alteridade normativa concretizada, a efetivar a virtuosidade do círculo hermenêutico na seara jurídica, como dilucidam as palavras de Häberle:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*Trial and error*”, de descoberta e de obtenção do Direito.⁴⁷⁶

Impende, pois, proceder à releitura inversa do brocardo “*quod non est in actis non est in mundo*”. Porquanto inevitável a influência da tradição preconceitual e da cotidianidade sobre o intérprete oficial, tudo que está no mundo que atue de modo relevantemente específico sobre a compreensão do âmbito do caso e do âmbito normativo, em construção a partir daquele e do programa textual positivado, deve forçosamente ser trazido à clareira da reflexão talhada nos autos.

⁴⁷⁶ HÄBERLE, 2015, p. 43.

7 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB O CRIVO HERMENÊUTICO

Neste capítulo, discorre-se criticamente sobre os construtos teóricos basilares da dogmática dos direitos fundamentais sociais, empreendimento que se faz necessário, à vista da necessária imersão da reserva do possível em tal seara, em cujo discurso seu manejo diuturno e, não raras vezes, irrefletido tem ressoado decisivamente. Inicialmente, far-se-á uma reflexão sobre sua afirmação histórica e, após, analisar-se-á a categorização científica peculiar a estes direitos, conforme as doutrinas pátria e estrangeira, abordando, finalmente, os problemas relativos à sua carga eficaz, sempre sob o crivo da interpelação hermenêutico-fenomenológica.

Conforme se pretende mostrar, a reserva do possível se insere na dogmática dos direitos fundamentais sociais como um dos principais óbices teóricos à concretização dessas normas, as quais, desde o nascedouro, viram-se enredadas em discussões profundamente impactadas por cizânias ideológicas e políticas, a refletirem deleterianamente em sua força normativa.

7.1 A afirmação histórica dos direitos fundamentais sociais

A consagração dos direitos civis e políticos desfechada a partir do liberalismo clássico, com sua incorporação às declarações de direitos burguesas, não resultou em sua plena fruição no plano fático. Ao contrário, o modelo abstrato de indivíduo pensado no contratualismo lockeano⁴⁷⁷, que encampava a ideia de homens naturalmente livres e iguais, não tardou a desdizer-se na concretude fática que lhe era subjacente.⁴⁷⁸ A igualdade formal contrastava com a profunda iniquidade existente no meio social. A revolução industrial e a formação de uma massa trabalhadora despojada dos meios de produção, posta ao alvedrio dos excruciantes regimes laborais impostos pelo patronato e despida do essencial para uma existência digna, reforçava a constatação de que as liberdades, conquanto positivadas, eram

⁴⁷⁷ Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 83-85.

⁴⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 94.

impassíveis de exercício pleno por parte do proletariado, ao qual faltava o substrato material imprescindível para tanto.⁴⁷⁹

Nesse contexto, exsurge o manancial ideológico que, crítico em maior ou menor medida à estrutura social e jurídica da época, animaria a normatização de uma segunda dimensão de direitos fundamentais. O marxismo, a doutrina social da Igreja e a social-democracia, aliados às lutas sociais que marcaram o século XIX, nas quais se destacava o movimento operário europeu, fomentaram a afirmação, na quadra seguinte, deste rol de direitos que, se entendia, peculiarizava-se por exigir do Estado a concretização de prestações positivas tendentes à redução das desigualdades e à garantia de uma vida digna.⁴⁸⁰

De uma postura abstencionista, marcada pela proteção negativa do indivíduo ante a potestade estatal, busca-se a realização fática do valor da igualdade, por meio da previsão constitucional de direitos econômicos, culturais e dos aqui versados direitos sociais, conforme leciona Paulo Bonavides:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.⁴⁸¹

A constitucionalização dos direitos sociais representou, outrossim, a reação necessária do sistema capitalista diante da efervescência social de então. A conquista do sufrágio universal ampliou a força dos movimentos e partidos socialistas, de sorte que a reconciliação entre as classes subalternas e o Estado mostrou-se conveniente ao impedimento da deflagração de um processo revolucionário. Daí porque, conforme será desenvolvido adiante, a positivação dos direitos prestacionais imiscuiu-se de certa hipertrofia simbólica, desvelada na subsequente nominalidade de sua eficácia jurídica. Nesse diapasão, pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Ora, a marginalização da classe operária, como que excluída dos benefícios da sociedade, vivendo em condições subumanas e sem dignidade, provocou, em reação, o surgimento de uma hostilidade dessa classe contra os “ricos”, contra os “poderosos”, que favorece o recrutamento de ativistas revolucionários, inclusive terroristas. E na fórmula marxista da luta de classes. Tal situação era uma ameaça

⁴⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 177.

⁴⁸⁰ COMPARATO, 2010, p. 66.

⁴⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

gravíssima à estabilidade das instituições liberais, portanto, à continuidade do processo de desenvolvimento econômico. Urgia superá-la e isso suscitou uma batalha intelectual e política.⁴⁸²

Isso não subtrai, contudo, o caractere essencial dos direitos fundamentais sociais como conquistas históricas da classe trabalhadora, hauridas do sacrifício de muitos em prol do bem comum. Mencionada historicidade fundamenta o império do princípio da vedação do retrocesso social, aqui normativamente dessumido do art. 60, § 4º, IV, da vigente Constituição. A toda evidência, o processo de afirmação histórica das normas em comento clarifica não se tratar de graciosidades concedidas de modo benemerente pelo capital, mas de trunfos arduamente construídos na luta por reconhecimento⁴⁸³ travada pelo proletariado.

A Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, foram os primeiros diplomas a preverem normativamente os direitos sociais. Estes se somam aos direitos civis e políticos, passando a formar um todo indivisível, dado que uns constituem, inexoravelmente, supostos para o exercício dos outros. No Brasil, a Constituição de 1934 foi pioneira na inscrição de um título normativo sobre a ordem econômica e social.⁴⁸⁴

Os horrores da segunda guerra mundial, conflito originado, entre outros fatores, por um estado de calamidade econômica e social propício à ascensão de regimes totalitários, em parte legatário do não-intervencionismo culminante na Grande Depressão de 1929, robusteceram, posteriormente, a necessidade de especial proteção dos direitos sociais, o que se manifestou, no plano internacional, a partir da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), além da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), exemplificativamente.

Demais disso, a instauração do Estado Providência, no segundo pós-guerra, consubstanciou, de um lado, a harmonização da liberdade individual com os valores da justiça e da solidariedade e, por outro, a réplica esperada à ameaça socialista, injunção irrefragável do período da Guerra Fria.⁴⁸⁵

Em *terrae brasilis*, o constitucionalismo social foi tardiamente recepcionado pela *praxis* dos direitos fundamentais. Malgrado consagrados em diplomas anteriores, foi após a

⁴⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

⁴⁸³ Cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

⁴⁸⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 46.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 54.

promulgação da Constituição da República de 1988, desfraldada com a redemocratização, que a discussão acerca da eficácia dos direitos sociais animou maiores preocupações doutrinárias e jurisprudenciais.⁴⁸⁶ Certo é que a nova ordem normativa erige-se sobre uma Constituição do Estado Social e Democrático de Direito. Trata-se, ademais, de uma Constituição dirigente, cuja vinculação a todos os poderes e agentes públicos determina cogentemente a concretização dos direitos sociais longamente sonegados à sociedade brasileira.

A elaboração de um capítulo dedicado aos direitos sociais (arts. 6º a 11) e de um extenso título sobre a ordem social (arts. 193 a 232), a qual expressa a conformação constitucional dos direitos fundamentais à saúde, à educação, à previdência social, à assistência aos desamparados, entre outros, conflita, todavia, com o anacrônico discurso econômico neoliberal, que imanta parte dos debates tangentes à matéria, nos quais se digladiaram construções teóricas favoráveis e contrárias à justiciabilidade dos direitos de segunda dimensão.

Sobreleva, na brevíssima digressão histórica retromencionada, a aguda tensão ideológica que permeou a afirmação dos direitos fundamentais sociais.⁴⁸⁷ Referida conflituosidade foi absorvida pela dogmática desenhada para a citada dimensão de direitos, verberando, conforme se observará, nos variegados entendimentos formulados sobre a reserva do possível. Labora-se, no tópico seguinte, com a exposição sumária da dogmática construída sobre os direitos sociais, em consonância com a ordem analítica acima esposada.

7.2 A inserção teórica dos direitos sociais na dogmática dos direitos fundamentais: características normativo-estruturais e *topoi* de aplicação

Conforme já asseverado, os direitos fundamentais sociais singularizam-se por reclamarem, precipuamente, uma atuação positiva estatal, dirigida à realização da igualdade fática ou material por intermédio da concretização de prestações de serviços públicos, da implantação de infraestruturas fruíveis pela coletividade ou do fornecimento de comodidades individualizáveis. Georg Jellinek, em sua teoria dos quatro *status* dos direitos fundamentais, aloca-os na categoria própria ao “*status positivus*”, a qual se qualifica pela especial posição do

⁴⁸⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Constituição ou barbárie?* – a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/16.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁴⁸⁷ MAGALHÃES, 2008, *passim*.

indivíduo ante o Estado, conferindo-lhe o direito de exigir uma atuação positiva dele.⁴⁸⁸ Com efeito, José Afonso da Silva assim define os direitos sociais:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁴⁸⁹

Há de ser relativizado, porém, o aludido traço distintivo dos direitos de segunda dimensão, que, alega-se, exigiriam a presença de suporte financeiro-orçamentário suficiente para seu atendimento, em relação aos direitos de defesa. Tal se arrazoa nas considerações de Stephen Holmes e Cass Sunstein, as quais apontam para a inegável dimensão prestacional contida, igualmente, nos direitos civis e políticos.⁴⁹⁰

Decerto, a garantia de direitos políticos, e.g., pressupõe um agir positivo do Estado no sentido de instituir os órgãos e aparatos necessários à apuração da vontade geral. Do mesmo modo, a preservação da propriedade privada e da liberdade impescinde da organização de estruturas policiais e judiciárias que lhes garantam salvaguarda.⁴⁹¹ Nessa medida, consoante anota Ingo Wolfgang Sarlet, a discrepância reside na preeminência da dimensão positiva nos direitos sociais, e não em sua exclusiva detenção de semelhante conteúdo. Assim, se nos direitos de defesa prepondera a atuação negativa, nos direitos sociais esta é sobrepujada por seu caráter prestacional.⁴⁹²

De acordo com Ferreira Filho, os direitos de segunda dimensão corporificam poderes de exigir uma prestação estatal concreta, tendo como sujeitos ativos os indivíduos e a coletividade e como sujeito passivo o Estado.⁴⁹³ Diversas disposições da Constituição da República apontam para essa constatação, assentando ser “dever do Estado” a promoção e garantia de acesso à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, pelo desporto (art. 217) e pelo turismo (art. 180), etc. O objeto destes direitos caracteriza-se, em linhas gerais, pela prestação de um serviço público, também podendo comportar uma

⁴⁸⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 306 et. seq.

⁴⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 286-287.

⁴⁹⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York, EUA: W. W. Norton & Company, 1999, p. 15.

⁴⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 183-184.

⁴⁹³ FERREIRA FILHO, 2011, p. 73.

contrapartida em dinheiro, como nos casos do seguro-desemprego e do benefício assistencial de prestação continuada.

A fundamentalidade dos direitos sociais pode ser encontrada na sociabilidade imanente à natureza humana, da qual deflui a necessidade de mútua cooperação, de solidariedade. Repousa, outrossim, na teorização sobre o Estado, o qual, em concepção rousseauiana, fundar-se-ia em um contrato social destinado à realização da vontade geral, sob a norma *rectrix* do bem comum, em que “cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém”.⁴⁹⁴

Registra-se, porém, posição doutrinária no sentido de se negar o enquadramento dos direitos sociais como direitos fundamentais, defendendo-se, ainda, que sua fundamentalidade, acaso existente, repousaria exclusivamente na esfera do denominado mínimo existencial.⁴⁹⁵ Entretanto, felizmente, prevalece na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento de que os direitos sociais gozam de estatura fundamentalidêntica à dos direitos de defesa, considerado o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB/1988 e sua derivação imediata do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), fonte estruturante de todos os direitos fundamentais.⁴⁹⁶

De outra parte, a questão é melhor compreendida à luz da indivisibilidade dos direitos fundamentais, o que recomenda algumas ressalvas quanto à compreensão geracional desses direitos. Os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensão formariam, assim, um bloco uno e indivisível, corolário da dignidade humana, sendo uns pressupostos dos demais. Deste modo, é indubitável que os direitos sociais, para além de fundamentais, compõem o núcleo duro da Constituição, abarcados que são pelo preceptivo gravado no art. 60, § 4º, IV. Sobre a indivisibilidade dos direitos fundamentais, pontifica Cançado Trindade:

A visão compartimentalizada dos direitos humanos pertence ao passado e, como reflexo dos confrontos ideológicos de outrora, já se encontra há muito superada. O agravamento das disparidades sócio-econômicas entre os países, e entre as camadas sociais dentro de cada país, provocou uma profunda reavaliação das premissas das categorizações de direitos. A fantasia nefasta das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimenta uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de uma *sucessão*, mas antes de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos

⁴⁹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

⁴⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49. jul./set. 1989.

⁴⁹⁶ SARLET, 2012, p. 281.

consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos.⁴⁹⁷

J. J. Gomes Canotilho elenca, ainda, como características dos direitos sociais, a gradualidade na sua realização, que estaria relacionada à sua dependência financeira do orçamento público, questão que, conforme esposado acima, deve ser vislumbrada com ressalvas.⁴⁹⁸ Outro caractere corresponderia à liberdade de conformação do legislador e do administrador público em relação às políticas públicas realizadoras desses direitos, as quais, todavia, sujeitam-se a um controle de razoabilidade fundado no princípio da igualdade.⁴⁹⁹

De tais considerações, deduz-se que a eficácia dos direitos sociais suscita, por suas particularidades normativo-estruturais, aguerrida discussão doutrinal, à qual se dedicará o próximo tópico, expondo-se, sucintamente, os principais óbices à máxima efetividade dos direitos prestacionais e embrenhando-se, enfim, no temário nuclear deste estudo.

7.3 Óbices à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais: programaticidade, separação dos poderes e reserva do possível

A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais é contrastada, basicamente, por objeções de três ordens: a) referentes à programaticidade de seus comandos, o que decorreria do caráter fluido e vagos destes; b) concernentes à suposta violação ao princípio da separação dos poderes, resultante da concretização judicial de seus preceitos; c) respeitantes à reserva do possível, eixo temático deste estudo. A seguir, almeja-se explicar os dois primeiros componentes do referido tripé denegatório, assim denominado por Liana Cirne Lins⁵⁰⁰, legando-se para os ulteriores capítulos a abordagem de seu terceiro componente.

⁴⁹⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 488.

⁴⁹⁸ CANOTILHO, 1997, p. 519.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 520.

⁵⁰⁰ CIRNE LINS, Liana. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. de 2009.

7.3.1 A alegada programaticidade das normas constitucionais estatuidoras de direitos fundamentais sociais

Um dos primeiros questionamentos aventados pela constitucionalização dos direitos sociais diz respeito à aplicabilidade dessas normas. Indagava-se se, em razão da preeminente dimensão prestacional por elas ostentada, seriam hábeis a regular diretamente a concretude fática, outorgando aos titulares das respectivas posições jurídicas direitos subjetivos originários à atuação satisfativa estatal.⁵⁰¹

A suposta abertura textual dos dispositivos veiculadores dos direitos fundamentais sociais figurou como o principal impeditivo apontado por aqueles que rechaçavam sua plena eficácia. Cabe, aqui, tecer brevíssimas considerações sobre a díade “abertura e densidade normativa”, exposta por Canotilho. Anota o constitucionalista português que as ordens constitucionais das contemporâneas democracias pautam-se, em seu mister normatizador, pela elaboração redacional de dispositivos de textura aberta, isto é, cujos efeitos e condições de aplicação não se acham minudenciados no texto, devendo o intérprete integrá-los à luz dos fatos e valores próprios ao contexto de aplicação, exigindo, outrossim, densificação de parte do legislador infraconstitucional.⁵⁰²

A abertura normativa, disposta através da estatuição de normas-princípio, visaria, a um só tempo, a permitir a constante evolução do arcabouço constitucional e a preservar o pluralismo, legando ao momento dialógico a definição da norma concretamente aplicável e ensejando a permanente construção democrática da tessitura constitucional. Noutra giro, a densidade normativa seria necessária ao estabelecimento de um consenso mínimo sobre a procedimentalidade constitucional, o qual ficaria a cargo das regras, primacialmente aquelas atinentes às garantias fundamentais, à organização do Estado e ao traçado de competências.⁵⁰³

Destarte, a afirmação segundo a qual grande parte das normas definidoras de direitos fundamentais sociais exigiria colmatação de significado, tendente à sua aproximação da facticidade aplicativa, serviu de sustentáculo à tese consoante a qual a densificação legislativa infraconstitucional seria imprescindível à integral produção de seus efeitos. Nessa linha de raciocínio, afirma-se que os dispositivos constitucionais alusivos aos direitos sociais seriam normas que veiculariam programas dirigidos ao legislador infraconstitucional, a quem incumbiria densificá-los, fomentando sua eficácia plena. Sustenta-se que, por sua relativa

⁵⁰¹ SARLET, 2012, p. 277 et seq.

⁵⁰² CANOTILHO, 1997, p. 1181.

⁵⁰³ Ibidem, p. 1161.

indeterminabilidade, seria impossível a outorga imediata de direitos subjetivos prestacionais pelo Poder Judiciário, importando o contrário em violação ao princípio da separação dos poderes.⁵⁰⁴

José Afonso da Silva, em clássico estudo sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, aduz que considerável parcela das normas definidoras de direitos fundamentais sociais possuiria eficácia limitada e aplicabilidade mediata, esposando princípios programáticos e dependendo, portanto, da *interpositio legislatoris* para a outorga de posições subjetivas prestacionais. Todavia, isso não lhes tornaria destituídas de eficácia, porquanto produziriam os seguintes efeitos: a) revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental; b) vinculação ao legislador, impondo uma obrigação de concretização de seus preceitos, a qual determinaria que, ao cumprir tal desiderato, não se afastasse do programa esposado, sob pena de inconstitucionalidade; c) inconstitucionalidade dos atos normativos com eles colidentes; d) configuração de parâmetro interpretativo para as demais normas constitucionais; e) abertura de ensanchas à propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de mandado de injunção, ante a inércia legislativa em sua densificação.⁵⁰⁵

Em síntese, os corifeus da programaticidade das normas de direitos fundamentais sociais negam, em geral, a possibilidade de reconhecimento judicial de um direito subjetivo originário a uma prestação positiva, com espeque na eficácia limitada desses dispositivos e na compreensão clássica do princípio da separação dos poderes.

A denominada síndrome de inefetividade dos direitos fundamentais sociais levou, porém, a uma releitura dessas premissas, com a defesa, por vezes abalizadas da doutrina pátria, da aplicabilidade imediata, e independentemente de qualquer interposição legislativa, daquelas normas. Propugna-se, pois, a possibilidade de se compelir judicialmente os órgãos estatais à prestação que constitui objeto de determinado direito fundamental, atribuindo o desfrute positivo de uma utilidade concreta ao correspondente sujeito de direitos. Nesse diapasão, leciona Sarlet:

Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem

⁵⁰⁴ SARLET, 2012, p. 430.

⁵⁰⁵ SILVA, 1998, p. 161.

intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.⁵⁰⁶

Fala-se, pois, em uma doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais, que tem por escopo “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.”⁵⁰⁷ O movimento pela efetividade promoveu significantes alterações na *praxis* aplicativa das normas constitucionais, as quais são retratadas com concisão por Luís Roberto Barroso:

Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.⁵⁰⁸

A doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais erige-se sobre a constatação fática de que a realidade pátria é marcada, de um lado, por uma insinceridade constitucional, a teor da qual o texto constitucional é utilizado como instrumento de dominação ideológica, traduzindo promessas não cumpridas e sumariamente ignoradas pela política. De outro, constata a deletéria supremacia da política diante da normatividade constitucional, ignorada quando os interesses dos grupos políticos dominantes de ocasião com ela conflitavam. Nestes termos, Luís Roberto Barroso, um dos principais teóricos da doutrina da efetividade, assim retrata a contextura fática que motivou sua elaboração:

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio, não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade

⁵⁰⁶ SARLET, 2012, p. 306.

⁵⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 224.

normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.⁵⁰⁹

Quanto à dimensão dogmática, a doutrina brasileira da efetividade observa que a análise das normas constitucionais brasileiras embasou-se tradicionalmente no instrumental teórico do direito privado, analisando-as apenas sobre os prismas da existência, da validade e da eficácia jurídica. Deste modo, constatada uma realidade profundamente dissonante dos preceitos constitucionais, os cultores da nova vereda de pensamento propõem a necessária consideração de uma quarta dimensão: a da efetividade.

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁵¹⁰

Para a ótima efetividade das normas constitucionais, a doutrina brasileira correspondente estabelece alguns pressupostos, entre os quais se destacam, a saber: (a) a existência de vontade política do Poder Público, tendo em vista a concretização dos comandos constitucionais; (b) o consciente exercício da cidadania, praticado pela exigência política e judicial da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.⁵¹¹

Noutro giro, a efetividade das normas constitucionais consubstancia, ela própria, um mandamento constitucional imperativo, a determinar aos órgãos e agentes públicos e à coletividade em geral a concretização dos comandos dessumidos da Constituição. Daí decorre a previsão necessária de mecanismos institucionais hábeis a protegê-la em face de seu possível esvaziamento, bem como consequências jurídicas e fáticas forçosamente incidentes em um contexto de intensa vulneração dessa dimensão. A seguir, passa-se à apreciação dos principais consectários da doutrina da efetividade brasileira.

Primeiramente, ao afirmar a aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, a Constituição assim procede não apenas em relação à dimensão negativa desses direitos, mas, igualmente, diante de sua dimensão positiva. Sob essa ótica, a exigência judicial de prestações positivas com espeque na inefetividade das normas jusfundamentais revela-se uma consequência indeclinável do sistema constitucional

⁵⁰⁹ BARROSO, L. R. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 283-284.

⁵¹⁰ BARROSO, 2006, p. 290.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 291.

brasileiro. Assim, há de se reconhecer às normas estatuidoras de direitos sociais a plena eficácia e a aplicabilidade imediata. A uma, porque, segundo máxima exegética consagrada, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se a tais normas, por conseguinte, o disposto no art. 5º, § 1º, da CRFB/1988. A duas, pois, considerada a indivisibilidade dos direitos fundamentais, os direitos sociais corporificam pressupostos *sine qua non* ao pleno exercício dos denominados direitos de primeira geração ou dimensão.⁵¹²

Proposição igualmente relevante diz respeito ao alargamento do conceito de inconstitucionalidade por omissão. Segundo a doutrina constitucional dominante, precitada figura estaria restrita às normas constitucionais de eficácia limitada, segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva. Normas constitucionais de eficácia plena ou contida, porquanto dotadas da plenitude de seus efeitos jurídicos, no último caso passíveis de contenção por norma regulamentadora, não ensejariam a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Nada obstante, diante do reconhecimento de um quarto plano normativo das normas constitucionais, isto é, o da efetividade, afigura-se incontestável que também as normas de eficácia plena e contida podem ser objetivo de massivo descumprimento no mundo dos fatos, do qual deflui forçosa inconstitucionalidade omissiva, passível de declaração judicial e conseguinte determinação de sua efetivação pelos órgãos competentes, cabível a aplicação dos instrumentos cominatórios processualmente previstos.

Demais disso, a categoria dos direitos subjetivos, largamente vinculada à seara jusprivatista, torna-se objeto de atenção do novo constitucionalismo, o qual vislumbra nas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais as características essenciais daquele *locus* dogmático, com evidentes consequências para a temática dos direitos prestacionais, a saber:

[...] todas as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham sido criados direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.⁵¹³

⁵¹² A classificação geracional dos direitos fundamentais tem recebido críticas da doutrina, porquanto expressaria uma equivocada ideia de sucessividade e superação entre eles, o que desconsideraria a indivisibilidade e igual valia desses direitos, sendo certo que uma geração posterior ressignifica as anteriores, igualmente relevantes em relação às posteriores. Nada obstante, com a substituição do termo geração por dimensão, o processo de afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais encontra explicação pertinente no itinerário traçado por Norberto Bobbio. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32 et. seq.

⁵¹³ BARROSO, 2009, p. 222.

Daniel Sarmento distingue três correntes doutrinárias acerca da possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações positivas. A primeira delas entende que tais direitos não possuiriam uma dimensão subjetiva; identifica-se com a tese da programaticidade. Uma segunda vertente pondera que os direitos sociais outorgariam direitos subjetivos definitivos, necessariamente exigíveis do Estado. Por fim, tem-se a senda a teor da qual os direitos sociais apresentariam a estrutura de normas-princípio, imputando a seus titulares direitos subjetivos *prima facie*, cuja concretização definitiva dependeria de ulterior ponderação com os demais princípios com eles colidentes, na esteira do pensamento de Robert Alexy.⁵¹⁴

Incontestemente que a alegada abertura textual nunca impôs qualquer empecilho à efetivação dos direitos de defesa. Lado outro, tradicionais conceitos jurídicos, diuturnamente aplicados na resolução das lides processuais, notabilizam-se por notória fluidez (e. g. boa-fé objetiva), o que jamais fulminou sua incidência nos casos concretos, donde se conclui, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que é “puramente ideológica – e não jurídica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos.”⁵¹⁵

Com efeito, a abertura semântica é caractere intrínseco às normas constitucionais do Estado Democrático de Direito. Não se trata de exclusividade dos direitos fundamentais sociais, tampouco de excepcionalidade nos marcos do Direito contemporâneo. Disso resulta a primordialidade de uma nova hermenêutica constitucional, adequada à extração dos máximos efeitos da novel normatividade jusfundamental, e não o cômodo e recalcitrante abstencionismo, a abrigar uma constitucionalização seletiva, defensora da plena aplicação de uma classe de normas constitucionais e vacilante quanto à adoção de idêntica postura em relação à outra.⁵¹⁶

Conforme salientou o Ministro Celso de Mello, o pretense caráter programático das normas de direitos sociais:

[...] não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um

⁵¹⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

⁵¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*. n. 57-58. São Paulo: RT, jan./ jun. 1981.

⁵¹⁶ CIRNE LINS, 2009, *passim*.

gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁵¹⁷

Neste trabalho, entende-se, com arrimo no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, que os direitos fundamentais sociais outorgam direitos subjetivos definitivos, postos como trunfos diante dos debates econômicos e políticos, sempre invocáveis por seus titulares independentemente de interposição legislativa, porém, como se passa com todas as demais normas, somente determináveis na concretude aplicativa atual (e não à luz do conceito semântico de norma), observados, no traçado de seu âmbito normativo, os nexos sistemáticos havidos com as demais normas constitucionais. Para tanto, adota-se a metódica estruturante mülleriana, a noção de conteúdo essencial de Peter Häberle e a concepção de direitos como trunfos de Ronald Dworkin, esta última aplicável à norma de decisão desvelada na culminância do processo concretista. Afigura-se inadmissível, à luz dos princípios da unidade da Constituição e da máxima efetividade de suas normas, dos quais nos fala Konrad Hesse (2009), pretender-se alhear normas de direitos fundamentais à sindicabilidade jurisdicional, em paradoxal afirmação de que “vinculam, mas não vinculam”.⁵¹⁸ A tese será melhor desenvolvida adiante.

Por ora, impende consignar que a densificação legislativa infraconstitucional sequer se avulta como problemática relevante na tratativa dos direitos fundamentais sociais pátrios, subsistindo apenas no plano retórico, haja vista que a maior parte dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos foi colmatada em nível infraconstitucional, restando sua insatisfação à conta da desídia da Administração Pública na formulação, execução e acompanhamento das correlatas políticas públicas.⁵¹⁹

7.3.2 O princípio da separação dos poderes e as objeções à concretização de prestações positivas pelo Poder Judiciário

Objeta-se contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais a impropriedade de suposta interferência do Poder Judiciário em espaço confiado às atividades legislativa e administrativa. A temática correspondente à concretização de prestações positivas fulcradas em direitos fundamentais fora compreendida como questão eminentemente competencial,

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 de maio de 2004.

⁵¹⁸ CIRNE LINS, 2009, p. 54.

⁵¹⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 81.

insuscetível, portanto, à tutela jurisdicional. Ao conceder um tratamento médico não fornecido pela rede pública de saúde, por exemplo, entendia-se que o julgador estaria a invadir a esfera de atuação privativa do administrador, em inafastável afronta ao princípio da separação dos poderes.

De outra banda, a densificação judicial de normas supostamente dotadas de alto grau de abstração é identificada como uma atividade criativa do juiz, que desbordaria dos lindes da jurisdição. As críticas a tal postura manifestam-se genericamente encetadas contra o fenômeno do ativismo judicial, dando azo a um sem-número de mal-entendidos, os quais se passa a confrontar a seguir.⁵²⁰

Assevera Cappelletti que a proatividade do Poder Judiciário, longe de constituir afronta, aperfeiçoa o princípio da divisão de funções do Estado. Exsurgiria a magistratura como um “terceiro gigante”, altivo o bastante para fazer frente à afirmada inflação Estados Legislativos e Administrativos engendrados no bojo do Estado Social. A ampliação dos dois outros poderes, reflexo da mudança paradigmática na estrutura do Estado, trouxe como consequências indesejáveis a criação de uma burocracia inacessível e autoritária e de um Poder Legislativo distanciado da sociedade, produtor de regramentos defeituosos e, por vezes, contrários às disposições constitucionais.⁵²¹

A consagração de direitos fundamentais sociais dotados de eficácia normativa vinculante importa na ampliação das esferas competenciais do Poder Judiciário, que inevitavelmente terá de deliberar sobre matérias altamente embebidas de conteúdos axiológicos e políticos. Ao fazê-lo, apenas contrabalança os dois outros poderes, aperfeiçoando o sistema de freios e contrapesos outrora desequilibrado.⁵²²

Consigne-se, ademais, que a impropriamente designada atividade criativa dos juízes, ainda que sob o pálio do legalismo exegeta, sempre foi uma nota marcante do labor jurisdicional, conquanto àquela época estivesse escamoteada. O novo constitucionalismo apenas acentua seu grau e a explicita sob parâmetros argumentativamente controláveis, o que, conforme Cappelletti, apontaria que a grande distinção entre legislatura e jurisdição não seria substancial, mas sim procedimental.⁵²³

Com efeito, para o referido autor, as denominadas virtudes passivas dos juízes peculiarizam seu mister ante a atuação legiferante. Salienta Cappelletti que a inércia

⁵²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, passim.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 43.

⁵²² *Ibidem*, p. 53.

⁵²³ *Ibidem*, p. 20.

processual (“*nemo iudex sine actore*”), a imparcialidade procedimental e a obediência ao contraditório seriam os traços distintivos da função jurisdicional, garantindo o respeito à nominada separação dos poderes e corporificando marco aferidor de legitimidade dos decisórios exarados.⁵²⁴

A fundamentação do papel legitimamente atribuído ao Poder Judiciário no que toca à concretização dos direitos fundamentais é melhor compreendida à luz do processo histórico de transição paradigmática pelo qual passou o Estado, contextura que se passa a compulsar com brevidade no tópico seguinte.

7.4 A concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário no Estado Democrático e Social de Direito

Conforme observam Antônio Gomes de Vasconcelos e Marcelo Veiga Franco, a compreensão do papel atribuído à jurisdição guarda relação indissociável com o paradigma de Estado vigente.⁵²⁵ Nesse sentido, o Estado Liberal, edificado como culminância das revoluções burguesas do século XVIII, tinha por objetivo precípuo a limitação do poder político e a garantia da propriedade privada e das liberdades formais, com vistas à salvaguarda do indivíduo perante a potestade estatal. A adoção de um esquema rígido de separação dos poderes e o império da lei escrita, consectários do propósito aludido, visavam à manutenção de um Estado mínimo e não interventor.

Com efeito, sob o pálio do Estado Liberal, a jurisdição era concebida como um exercício meramente dedutivo, incumbindo à magistratura a posição de “boca da lei”, a assegurar a supremacia dos comandos editados pelo parlamento. A atividade subsuntiva haveria de ser exercida de modo politicamente neutro, pautando-se pelo dogma da completude e pela máxima “*in claris cessat interpretatio*”. O abstencionismo estatal apregoado pelo liberalismo traduzia-se no exercício jurisdicional exegético tão somente negativo, destinado à proteção dos direitos individuais, especialmente da propriedade privada.⁵²⁶

De acordo com as razões expostas no introito do presente capítulo, a efervescência social e as lutas promovidas pela classe trabalhadora em face das precárias condições

⁵²⁴ CAPPELLETTI, 1993, p. 23.

⁵²⁵ VASCONCELOS, Antônio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, São Leopoldo/RS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 8, n. 1, p. 37-52, jan-abr, 2016, p. 38.

⁵²⁶ Ibidem, p. 39-40.

laborativas e existenciais de então conduziram à positivação dos direitos sociais, temporalmente situada no período posterior à primeira guerra mundial. Em decorrência disso, verificou-se um agigantamento da Administração Pública e do Poder Executivo, com a conseguinte expansão do Poder Judiciário, chamado à realização dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Nada obstante, o modelo de racionalidade próprio à filosofia da consciência perseverou a nortear a atividade judicante. Assim, mesmo diante da novel normatividade, a magistratura persistia atrelada à perspectiva “liberal-tecnicista-formal-positivista” do Estado Liberal.⁵²⁷ Vale dizer, as estruturas prévias norteadoras de uma jurisdição de liberdades negativas remanesciam como pano de fundo regente da aplicação de um arcabouço normativo de feição preponderantemente diversa. Demais disso, teve ensejo a burocratização e o inchaço do Poder Judiciário, que, perante as novas demandas, encampou fórmulas arbitrárias como a consideração da Constituição como ordem concreta de valores e a prolação de decisões fundadas em razões subjetivamente axiológicas, contextura a formar uma visão do Judiciário como superego da sociedade, isto é, como administrador público da moral e guardião ético da virtude.⁵²⁸

A instauração do Estado Democrático de Direito, paradigma engendrado a partir do segundo pós-guerra, verificou-se no Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988. A efetivação da democracia substantiva, com a garantia de direitos fundamentais e o exercício da cidadania, consubstanciam as notas essenciais desse paradigma que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito, a Constituição, para além de sua supremacia hierárquica, assume a centralidade da ordem normativa, submetendo todos os demais regramentos à filtragem de seus preceitos, fenômeno designado por Canotilho como eficácia irradiante das normas constitucionais.⁵²⁹

O pluralismo das sociedades hipercomplexas impõe, outrossim, a fluidez e a abertura da ordem constitucional aos diversos projetos existenciais albergados pela dignidade da pessoa humana.⁵³⁰ A disposição textual de preceitos constitucionais dotados de ampla ductilidade e a expansão dos canais de participação popular nas diversas instâncias estatais são corolários da necessária lida com essa dimensão. Fala-se, portanto, em uma

⁵²⁷ VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Desafios à reforma do poder judiciário na América Latina: justiça para os mercados e/ou para a sociedade?. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 2, p. 1603-1614, 2014a, p. 1612.

⁵²⁸ VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 42.

⁵²⁹ CANOTILHO, 1997, p. 1283.

⁵³⁰ DWORKIN, 2006, p. 9-11.

Administração Pública dialógica e em um processo de autolegislação no qual os cidadãos são, a um só tempo, autores e destinatários das normas jurídicas.⁵³¹

A par do exposto, as funções e o significado da Constituição alteram-se significativamente. Não mais adstrita à garantia de um espaço privado de indenidade à atuação estatal, a Constituição do Estado Democrático de Direito busca promover a justiça social, com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Noutras palavras: ela traça um projeto de sociedade que dirige e vincula todos os poderes públicos e agentes privados.⁵³² Muito além de sua dimensão negativa, a ordem constitucional toma para si o desiderato de transformar a sociedade, a política e a economia, concretizando a igualdade material e instituindo ambiência necessária para a promoção da dignidade humana em sua máxima latitude, tratando-se, como defendeu Canotilho, de Constituição dirigente.⁵³³ Sobre a temática, lecionam Vasconcelos e Franco:

Assim sendo, a Constituição, além do seu *status* normativo, converte-se também em instrumento de transformação política, social e cultural, isto é, em ferramenta de realização dos princípios constitucionais, de defesa dos direitos e garantias fundamentais, de tutela da dignidade da pessoa humana, de redução das discrepâncias sociais e, por conseguinte, de concretização do princípio da igualdade e de promoção da justiça social. Portanto, o Estado Democrático de Direito – seja em virtude do seu caráter plural e argumentativo, seja em face da ampliação do leque de direitos e garantias fundamentais voltados à proteção da dignidade da pessoa humana – aponta a *democracia* como o seu pilar fundamental. A função do Direito – e, naturalmente, da Constituição – ultrapassa as fronteiras do Estado Liberal e do *Welfare State*, pois busca a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana ao agregar a democracia, a cidadania e o respeito aos direitos fundamentais como os seus alicerces.⁵³⁴

Sob esse prisma, a atividade jurisdicional se ressignifica como constitucionalmente destinada à efetivação (e não mera declaração) dos direitos fundamentais e à concretização do projeto de sociedade estatuído pela Constituição da República. O Poder Judiciário do Estado Democrático de Direito imbuí-se, por conseguinte, de eminente função transformadora da realidade social, revestindo-se da tríplice dimensão descrita por Vasconcelos e Franco:

Nesse cenário, percebe-se que, atualmente, o conceito clássico de jurisdição não mais se coaduna com a definição e a forma como a atividade jurisdicional deve ser exercida no Estado Democrático de Direito. Conforme proposto neste trabalho, o sentido contemporâneo de jurisdição abrange uma tríplice função, a saber: satisfação

⁵³¹ VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 44.

⁵³² VASCONCELOS, 2014, p. 1612.

⁵³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994 (Reimpressão), p. 395.

⁵³⁴ VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 45.

do direito material; concretização dos princípios e dos direitos constitucionais; e, finalmente, a realização do projeto de sociedade estabelecido pela Constituição.⁵³⁵

O clássico princípio da separação dos poderes passa por uma releitura, a fim de ser compreendido como divisão das funções estatais, subordinadas, em qualquer caso, à finalidade maior corporificada pela dignidade da pessoa humana.⁵³⁶ Ante a inafastabilidade da tutela jurisdicional, a separação de poderes não pode ser invocada com o fito de afastar a concretização de prestações positivas pelo Poder Judiciário, mormente ante a inoperância dos órgãos primariamente competentes a tanto. Longe de caracterizar invasão à esfera normativa de outros poderes, a concretização dos direitos fundamentais representa exercício legítimo de competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário. No Estado Democrático de Direito, além de encontrar fundamento nas normas constitucionais, a jurisdição extrai sua legitimidade da efetivação de tais preceitos.⁵³⁷

No entendimento deste estudo, todavia, o principal reflexo do paradigma do Estado Democrático de Direito na atividade jurisdicional diz respeito às indeclináveis exigências de reflexividade hermenêutica e fundamentação normativo-constitucional de seus atos decisórios, as quais foram minudenciadas nos capítulos anteriores.⁵³⁸ De efeito, o movimento neoconstitucionalista, deflagrado no cerne do modelo estatal em comento, deveria ser grafado no plural, dada a diversidade de pontos de vista que congrega, muitos deles antagônicos entre si, como se deduz da obra organizada por Miguel Carbonell.⁵³⁹ Contudo, todos eles compartilham do propósito de conferir controlabilidade racional e legitimidade democrática ao processo de aplicação do Direito, rechaçando, com maior ou menor veemência, o reconhecimento de um amplo espaço de discricionariedade confiado aos julgadores. Partem esses pensadores das noções positivistas de textura aberta, de Herbert Hart⁵⁴⁰, e de moldura da norma, de Hans Kelsen⁵⁴¹, contra as quais objetam que o ato de aplicação do direito não é um ato de escolha dos sentidos possíveis de um enunciado, tampouco um procedimento arbitrário que, em última instância, seria determinado pela consciência do julgador. Do início ao fim, o processo de aplicação do direito deve ser argumentativamente justificado, refletindo as razões e contrarrazões veiculadas no processo, na comunidade científica e no conjunto da sociedade

⁵³⁵ Ibidem, p. 49.

⁵³⁶ VASCONCELOS, Antônio Gomes de; SOARES, Mirelle Fernandes. Perspectivas para o exercício da função jurisdicional e para a administração da justiça no Estado Constitucional Democrático. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 3, p. 1603-1614, 2014b, p. 1612.

⁵³⁷ VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 46.

⁵³⁸ Cf. especialmente o item 3.4, do capítulo 3, deste estudo.

⁵³⁹ CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 11.

⁵⁴⁰ HART, 2007, p. 137 et. seq.

⁵⁴¹ KELSEN, 2009, p. 390.

aberta dos intérpretes da Constituição⁵⁴², donde se extrai sua legitimidade democrática, inarredavelmente vinculada à positividade constitucional.

Malgrado o exposto, os paradigmas anteriormente expostos não devem ser compreendidos como dispostos em uma evolução sequencial de superações absolutas, dadas as permanências de pré-compreensões próprias aos dois outros modelos no bojo da tradição em cujo seio se verifica imerso o Estado Democrático de Direito. Decerto, um dos principais obstáculos à máxima efetividade dos direitos fundamentais e à concretização do projeto de sociedade traçado pela Constituição é a persistência da ideologia conservadora própria ao Estado Liberal, bem assim de seu modo de pensar, afeito à filosofia da consciência.⁵⁴³ A persistência da conceitualidade prévia “liberal-tecnicista-formal-positivista”, como denominada por Antônio Gomes de Vasconcelos⁵⁴⁴, conduziu ao malogro no trato com a novel ordem constitucional, inapreensível por meio dos inadequados preconceitos a ela arbitrariamente impingidos.

Dessas permanências defluiu, em grande medida, a malsinada síndrome de inefetividade dos direitos fundamentais sociais. A adoção de um conceito semântico de norma, identificado com o texto, e a concepção liberal clássica da função jurisdicional como constrangida por um *self-restraint* derivado da separação dos poderes, encaminhou pré-compreensivamente à ideação de subterfúgios discursivos que, perdidos no falatório cotidiano, objetivavam, paradoxalmente, impedir o Poder Judiciário de exercer as competências social-transformadoras que a Constituição lhe conferiu. Não bastasse isso, a ideologia política liberal, agora com novas roupagens, intenta de modo oblíquo e erístico imunizar seus preconceitos à clareira da linguagem, manipulando *topoi* com vistas à prevalência de seu projeto de Estado vinculado aos interesses do capital, ao qual, reitere-se quantas vezes for necessário, não interessa o dispêndio de recursos orçamentários para a concretização dos direitos fundamentais sociais. Nesse diapasão, certo é que a reserva do possível à brasileira reflete o malfadado legado do paradigma liberal.

⁵⁴² HÄBERLE, 2015, p. 25-50.

⁵⁴³ VASCONCELOS, 2014a, p. 1612.

⁵⁴⁴ VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *Pressupostos filosóficos e político-constitucionais para a aplicação do princípio da democracia integral e da ética de responsabilidade na organização do trabalho e na administração da justiça: o sistema núcleos intersindicais de conciliação trabalhista: estudo de caso a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994 2006)*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2007, p. 35-36.

7.5 A inadequação hermenêutica do conceito semântico de norma jurídica e da tese da aplicabilidade das normas constitucionais em face dos direitos fundamentais sociais

Parcela considerável dos óbices aplicativos impostos pela doutrina tradicional à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais deriva da adoção de uma concepção inadequada de norma jurídica. Referida temática foi contemplada com maior minúcia no capítulo relativo à teoria estruturante do Direito, ao qual se remete o leitor.⁵⁴⁵ No entanto, algumas ponderações adicionais se fazem necessárias na presente quadra desta dissertação.

O conceito semântico de norma jurídica identifica a normatividade com sua dimensão textual. Assim, sob tal enfoque, todos os elementos integrantes da norma jurídica estariam presentes em seu texto. Conforme já se mostrou, ante a ontologia da compreensão, precitada concepção se revela ilegítima, dada a incindibilidade das dimensões compreensivas que o estar-lançado-no-mundo impõe ao *Dasein*. Toda compreensão é sempre aplicação, posta a imersão originária do intérprete no horizonte histórico-linguístico de seu mundo, de sorte que a interpretação consiste na adequada elaboração, a partir desta situação hermenêutica, de um projeto compreensivo consentâneo às coisas, a saber, às normas jurídicas. Nessas razões, repise-se, a norma jurídica compõe-se de duas dimensões, o programa normativo, atinente a seu espectro textual, e o âmbito normativo, referente ao recorte da realidade ditado por aquele, ambos entrelaçados e imbricados na *applicatio*.

À luz desses esclarecimentos, é inapropriado o entendimento que busca ancorar na textualidade normativa o maior ou menor grau de aplicabilidade de uma norma jurídica. Desta feita, afirma-se, sem qualquer hesitação, a inadequação hermenêutica da tese da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, a qual parte de um conceito semântico de norma. Para o mencionado autor, a eficácia plena e a aplicabilidade imediata de uma norma jurídica estariam na dependência da constância em seu texto de todos os elementos necessários à sua incidência na realidade. Do contrário, exigir-se-ia a *interpositio legislatoris* para que a produção eficaz integral se perfectibilizasse.⁵⁴⁶ Conquanto meritório o avanço da referida tese no que toca à doutrina dominante à época de sua lucubração, uma vez que José Afonso da Silva reconhece eficácia jurídica mínima a todas as normas constitucionais, é indubitável que suas proposições não mais se compatibilizam com a ordem constitucional vigente, para além da apontada ilegitimidade hermenêutica.

⁵⁴⁵ Cf. especialmente o item 5.5, do capítulo 5, deste estudo.

⁵⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 81-82.

O maior esforço hermenêutico exigido do intérprete na concretização de uma norma constitucional, causado pela exacerbação da estranheza verificada quando a compreensão não assoma de imediato à fala, não deriva de alegada precisão ou imprecisão atribuível ao texto, tampouco de suposta abertura ou densidade dele. Como se passa com o compreender em geral, a questão reside fenomenologicamente na disposição linguístico-tradicional de um maior plexo de pré-compreensões adequadas à formulação das perguntas corretas à coisa compreendida. Isto é, quando a sedimentação de preconceitos concernentes à mostraçãõ do ser de determinado ente não atingiu suficiente pujança, a circularidade hermenêutica se perfaz de modo mais intrincado, reclamando do intérprete maior empenho em projetar e reprojeter suas pré-compreensões no diálogo travado com a alteridade normativa concretamente visada. Tal fenômeno é facilmente observável no que concerne aos direitos fundamentais sociais e à transformação do papel da jurisdição obrada com a Constituição de 1988. O Estado Democrático de Direito e o arcabouço preconceitual a ele subjacente é de instalação recente na tradição jurídica pátria, daí decorrendo as arduidades antes mencionadas, e não de algo reportável predicativamente à textualidade normativa.

Logo, mesmo o emprego de nomenclaturas como abertura e densidade constitucional, enfeixado por autores alinhados ao neoconstitucionalismo, não se afigura de todo adequado diante dos esclarecimentos acima esposados. Nota-se certo resquício da concepção predicativa de verdade, que situa apofanticamente no enunciado o princípio da compreensão. Ao aludir às construções textuais como constrictivas da eficácia normativa, no que toca à atribuição imediata de direitos subjetivos definitivos, conquanto ulteriormente refutem tal tese, parecem ater-se ao mencionado momento derivativo, o que, porém, não prejudica a grandeza das contribuições correspondentes. Questão diversa, é certo, diz respeito aos limites impostos pelo texto, os quais não se dão por si e em função do texto, mas da alteridade concreta que também nele se mostra, por meio da qual a coisa intencionada se desoculta e reivindica seu próprio dizer. Em suma, não há texto por si, tampouco norma que se baste no texto, posta, repise-se, a incidência inevitável da história efetual e a inescapabilidade da *applicatio*, conseqüências do ser-linguagem e da imersão no mundo historicamente sedimentado.

Além do aspecto especificamente vinculado ao acontecer da compreensão, é importante trazer à fala os preconceitos escamoteados na obscurecência da concepção semântica de norma. Mencionada identificação entre normatividade e textualidade serve indubitavelmente à ideologia política liberal. Em um primeiro momento, isso significaria que, ao concentrar toda normatividade na explicitude do texto, estar-se-ia limitando o poder estatal, situado nas estritas fronteiras de uma atuação negativa, protetiva das liberdades

formais e da propriedade privada despida de função social. Demais disso, aludida concepção atrelaria o julgador às deliberações parlamentares, convertendo-o em mera “boca da lei”.

Todavia, a inevitabilidade da *applicatio* e os desafios hermenêuticos suscitados pelo devir incessante da concretude aplicativa desvelam a imprescindibilidade do afazer projetivo do intérprete-aplicador. Dada a irreflexividade de suas pré-compreensões, ante a obstrução determinada pela mirada exegética e enunciativa de interpretação, abriu-se ensanchas para o arbítrio e o voluntarismo dos aplicadores, posteriormente tematizados pelo convencionalismo de Hart e pelo normativismo de Kelsen como afirmativos da existência de um espaço de discricionariedade judicial.

Dito isso, poder-se-ia pensar, inicialmente, que o liberalismo haveria sucumbido à armadilha por ele mesmo criada. No desidério de garantir uma segurança jurídica irreprochável, a concepção semântica de norma largueou vasto campo para o voluntarismo decisório, franqueando ampla imprevisibilidade e aleatoriedade no mister jurisdicional. Essa, porém, é apenas a ponta do *iceberg*. O liberalismo se aproveitou da obstrução reflexiva imposta pelo conceito semântico de norma basteado por seus corifeus. Imunizando seus preconceitos à clareira desmascaradora da linguagem, pôde impor seu projeto de poder e sua dominância política e social à legislatura, à administração e, destacadamente, à jurisdição. Porque inegável seu controle dos meios de comunicação, bem assim a captura dos espaços de deliberação política pelo poder econômico que ostenta, o capital logrou fazer letra morta dos direitos fundamentais sociais e de uma atuação transformadora da jurisdição rumo a sociedades mais justas e igualitárias.

Carl Schmitt denuncia os ardis do liberalismo no essencial capítulo “A era das neutralizações e despolitizações”, de “O conceito do político”. Schmitt observa que, por meio do tecnicismo, o liberalismo propagou o mito da neutralidade, valendo-se de construtos teóricos pretensamente assépticos nos campos político, econômico e jurídico para impor a prevalência de seus postulados ideológicos.⁵⁴⁷ Dada a dominância econômica exercida pelo capital, o espaço “neutro” constituiria, na verdade, o âmbito onde a plutocracia poderia exercer de modo predatório e ilimitado a exploração das massas despojadas dos meios de produção, com o perpetuamento da concentração da propriedade privada em suas mãos. A esse respeito, assevera Carl Schmitt:

⁵⁴⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Teoria do partisan*. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 87-102.

Deve-se sempre observar, quanto a isso, que esses conceitos liberais se movimentam de uma forma típica entre ética (espiritualidade) e economia (negócios) e, a partir desses lados polares, procuram aniquilar o político enquanto esfera do “poder conquistador”, onde o conceito de Estado de “Direito”, i.e., de Estado de “Direito privado” serve de alavanca e o conceito de propriedade privada configura o centro do globo, cujos polos – ética e economia –, constituem apenas as irradiações antagônicas desse ponto central. [...] Todas essas desintegrações de conceitos aspiram, com toda certeza, a submeter o Estado e a política, em parte, a uma moral individualista e, destarte, de Direito privado, em parte, a categorias econômicas e lhes privar de sentido específico.⁵⁴⁸

Destarte, fenômeno análogo se passa com a reserva do possível em sua incorporação pátria, porquanto semelhantes os substratos preconceituais ideológicos escamoteados sob sua estruturação proposicional, conforme será visto nos capítulos posteriores. Retomando o fio da exposição ora encartada, assim como se passa em relação ao conceito semântico de norma no qual se arrima, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva configura-se, *venia concessa*, cônica ou inconscientemente, serviente ao paradigma liberal e, igualmente por essa razão, é desenganadamente incompatível com a Constituição da República de 1988.

Ao classificar os direitos fundamentais sociais como normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, definidoras de princípios programáticos, José Afonso da Silva justifica-se com escudo na inadequada concepção semântica de norma e com esteio na falácia, aqui já refutada, concernente à formulação liberal do princípio da separação dos poderes.⁵⁴⁹ A fim de contornar a patente inconstitucionalidade de suas formulações diante do art. 5º, § 1º, da Constituição, o autor propõe incabível exegese do referido preceito, segundo a qual os direitos fundamentais seriam “[...] aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento.”⁵⁵⁰

Ora, a referida (in)compreensão desconsidera flagrantemente a alteridade normativa intencionada, desbordando não apenas dos limites impostos pelo programa normativo do citado dispositivo, mas ignorando a mostração concreta do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro. Mesmo à luz da hermenêutica clássica, a interpretação proposta por José Afonso da Silva seria inaceitável, pois, conforme vetusto brocardo latino, “*ubi lex non distinguit, nec interpret distinguerere debet*”, isto é, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, consoante leciona Carlos Maximiliano.⁵⁵¹ Se o art. 5º, § 1º, estatui que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, e ponto final, erigir

⁵⁴⁸ SCHMITT, 2008, p. 77-78.

⁵⁴⁹ Cf. SILVA, 1998, p. 84.

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 165.

⁵⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201.

semelhante ressalva é, obliquamente, propalar ruptura com a normatividade constitucional. Afronta mesmo a ideia de constitucionalismo condicionar a incidência de uma norma constitucional ao alvedrio dos agentes institucionais de ocasião. O preconceito ilegítimo veiculado por José Afonso da Silva, cuja asserção é refutada no desvelamento do *alter* da coisa interpretada, encontra-se, outrossim, na base do *topos* da reserva do possível, como se observará adiante.

Dito isso, há que se consignar: os direitos fundamentais sociais são normas dotadas de plena eficácia jurídica, atribuindo direitos subjetivos definitivos aos seus titulares, direitos esses que se apresentam como trunfos, insuscetíveis a relativizações casuístas e desvelando-se sempre tradicional-linguisticamente na concretude aplicativa da situação hermenêutica atual, conforme a concepção normativo-estruturante-pluridimensional adotada por este trabalho.

8 A RESERVA DO POSSÍVEL EM SEU (DES)ENRAIZAMENTO HISTÓRICO

A destruição crítica do *topos* da reserva do possível nos moldes em que apreendido pelo pensamento jurídico brasileiro não pode prescindir do revolvimento do solo histórico de sua pertença originária. Há que se descalcificar a rede referencial de preconceitos subjacente à mencionada concepção, desentulhando o arcabouço tradicional do qual proveio e pondo a lume aquilo que se oculta com a tomada de sua mera enunciação predicativa. É mandatória, portanto, a imersão no horizonte hermenêutico no qual a referida cláusula foi forjada, bem como naquele em cujo cerne se processou sua apreensão pela doutrina constitucional brasileira. É a partir da interpelação da tradição, no médium discursivo da linguagem, que o desvelamento do ser se perfaz em plenitude, sem, porém, esgotar-se na infinitude do saber-se.⁵⁵² Daí porque o seguinte trajeto se faz necessário, com o fito de se aclarar as pré-compreensões escamoteadas pelo movimento pátrio de apreensão da reserva do possível, indagando-se sobre sua legitimidade hermenêutica e apurando sua compatibilidade com a normatividade constitucional vigente.

A incursão no solo historial de lavratura da reserva do possível passa pela interrogação da jurisprudência germânica, mais especificamente do caso “*numerus clausus*”, o primeiro registro do uso da expressão “reserva do possível” na seara jurídica.⁵⁵³ Como se pretende mostrar neste estudo, de mero construto linguístico vinculado a um pano de fundo argumentativo, concernente a um caso decidendo acerca do direito fundamental à educação, a proposição autonomizou-se e, apofanticamente, verteu-se em enunciado categorial, desenraizado de seu solo hermenêutico e ilegitimamente vindicante de cogência normativa própria, decaído no falatório em que tudo já se entendeu, mas, exatamente por isso, tudo se mal compreendeu.

8.1 A fonte histórico-jurisprudencial da reserva do possível: o caso “*numerus clausus*”

O primeiro emprego registrado da expressão reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) remonta ao caso “*numerus clausus*”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 18/07/1972.⁵⁵⁴ Foi precisamente naquele decisório que a doutrina

⁵⁵² GADAMER, 2015, p. 451.

⁵⁵³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

constitucional contemporânea buscou o *topos*⁵⁵⁵ ora estudado, o qual, ali mencionado como a condensar uma linha argumentativa manejada diante da singularidade irrepitível de um caso decidendo, arvorou-se em pretense elemento dogmático, constantemente invocado no discurso aplicativo dos direitos fundamentais sociais.⁵⁵⁶

Neste norte, far-se-á, a seguir, abordagem analítica do aludido precedente, tendo em mira a compreensão do horizonte histórico-linguístico que matizou a lucubração primeva do *topos* da reserva do possível. Visa-se, ainda, à observação da conceitualidade prévia originariamente vinculada a ela, perseguindo-se contributo à desobstrução hermenêutica aqui perseguida.

A controvérsia jurídica apreciada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento acima referenciado originou-se de dois processos oriundos dos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera. Em ambos os feitos, arguiu-se a inconstitucionalidade de disposições das leis universitárias daqueles estados, cujo teor restringia o acesso aos cursos de ensino superior, a partir de limitação do número de vagas que impossibilitara o acesso aos cursos de Medicina pelos demandantes originários. Assim, considerada a exclusividade do controle concentrado de constitucionalidade no Direito alemão, a matéria foi submetida à apreciação da Corte Constitucional, que discutiu naquela oportunidade se as limitações impostas ao acesso ao ensino superior, calcadas no princípio do mérito, ou em critérios outros, ofendiam a Lei Fundamental alemã.⁵⁵⁷

Como suporte normativo para as reflexões conducentes ao processo decisório, a Corte elencou os arts. 3º, I, e 12, I, da Lei Fundamental, os quais consagram, respectivamente, a liberdade de formação e exercício profissional e o princípio do Estado Social. Os juízes ponderaram que a referida liberdade, interpretada à luz do mandamento do Estado Social, não se esgotava em sua dimensão negativa, é dizer, em uma mera função de proteção ofertada à esfera autônoma do indivíduo. Para além disso, importava em uma obrigação estatal positiva, concernente ao oferecimento de prestações sociais hábeis a fornecerem o suporte infraestrutural para a desenvoltura fática da formação profissional eleita e a promoção da dignidade humana. A existência de vagas no ensino superior se enquadraria, pois, no âmbito

⁵⁵⁵ Cf. VIEHWEG, 1979, p. 34.

⁵⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002, passim.

⁵⁵⁷ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. rev. and expanded. Durham: Duke University Press, 2012, p. 281-282.

protetivo da liberdade profissional, porquanto de nada valeria reconhecê-la, se não disponibilizados os meios para seu exercício.⁵⁵⁸

O Tribunal Constitucional Federal alemão assentou existir um direito fundamental de participação em prestações estatais implicitamente albergado pela Lei Fundamental, em construção que em larga medida se alinha ao reconhecimento da indivisibilidade dos direitos fundamentais. A Corte sustentou, ademais, a existência de um direito subjetivo, titularizado por cada cidadão alemão, de concluir o curso superior de sua escolha, caso preenchidas as qualificações para tanto. A garantia deste direito não estaria à disposição da pura discricionariedade do legislador, sendo imperioso o estabelecimento de iguais chances de desenvolvimento profissional para todos.⁵⁵⁹

Fixadas essas premissas normativas, os juízes passaram a apreciar se a restrição “*numerus clausus*” ao acesso às universidades públicas, com a delimitação de um número determinado e fixo de vagas de estudo, violava os direitos fundamentais acima referenciados. Observou-se que tal estatuição acarretava contextura na qual parte dos candidatos, sendo admitida, tudo recebia, ao passo que a outra parcela, pelo menos por um certo período, permanecia impossibilitada de ingressar no curso superior almejado.⁵⁶⁰

Por outro lado, notou-se que a capacidade atualmente disponível nas universidades públicas não era suficiente para alocar todos os pleiteantes à admissão em seus quadros. A questão que se colocava era, portanto, se haveria, em toda e qualquer situação, um dever estatal de ampliar o número de vagas a fim de permitir o ingresso de todos aqueles que desejassem cursar o ensino superior.⁵⁶¹

É nesse passo do raciocínio que a linha argumentativa sumarizada na expressão reserva do possível aparece como *topos* juridicamente relevante na formação decisória da Corte. A despeito da existência de um direito fundamental subjetivamente atribuível à formação profissional desejada, os juízes ponderaram que este, como todos os direitos sociais a prestações, “[...] se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.”⁵⁶²

Assentou também o Tribunal Constitucional Federal alemão que a compatibilização entre os interesses da coletividade seria tarefa primeira do legislador que, no orçamento, deve concretizar os diversos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, assegurada,

⁵⁵⁸ SCHWABE, 2005, p. 657.

⁵⁵⁹ KOMMERS; MILLER, 2012, p. 282.

⁵⁶⁰ SCHWABE, 2005, p. 659.

⁵⁶¹ KOMMERS; MILLER, 2012, p. 284.

⁵⁶² SCHWABE, 2005, p. 663.

no processo de delimitação de seus âmbitos de proteção, a observância dos nexos sistemáticos decorrentes da unidade da Constituição, de molde a impedir que o atendimento de determinadas demandas obste, por completo, a satisfação de outras da mesma estatura normativa.⁵⁶³ Desta feita, muito embora as opções legislativas não sejam imunes ao controle jurisdicional, também os julgadores devem atentar para a concorrência existente no processo de concretização normativa de um direito subjetivo fundamental a uma prestação social, bem como para os nexos sistemáticos havidos com os direitos fundamentais ostentados pelos demais cidadãos.

À luz desses argumentos, a Corte assentou que os mandamentos constitucionais da liberdade profissional e do Estado Social não obrigam, em toda e qualquer circunstância, a prover necessariamente a cada candidato alemão a vaga no curso superior por ele almejado. Pensamento contrário colocaria os âmbitos normativos dos demais direitos fundamentais na total dependência das demandas individuais por cursos superiores, ignorando-se que a realização da liberdade fática não pode ser encetada em concretização alheia à unidade da Lei Fundamental, em face dos demais interesses juridicamente relevantes existentes no bojo da coletividade. A aceitação de pretensões subjetivas ilimitadas em sacrifício da comunidade, entenderam os julgadores, seria incompatível com o princípio do Estado Social, porque a proteção da individualidade é conformada por sua necessária vinculação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁵⁶⁴

As limitações do número de vagas nos cursos superiores não se mostrariam, portanto, fulminadas por apriorística inconstitucionalidade, sendo consentâneas com a concordância prática que deve mediar as relações havidas no quadro dos direitos fundamentais em processo de concretização normativa. Destarte, o Tribunal concluiu que a imposição de um “*numerus clausus*” para candidatos ao ensino superior é constitucional, desde que seja estabelecida em limites razoáveis, verificada a utilização exaustiva das vagas criadas com os recursos públicos existentes. Noutra senda, a distribuição dessas vagas e os critérios para seu acesso devem obedecer a ditames racionais, submetidos à reserva de lei, sendo inadmissíveis exigências discriminatórias e detrimenosas para o ingresso de novos alunos nos cursos de graduação.⁵⁶⁵

Apesar de constitucionalmente possível a aposição de um limite de vagas “*numerus clausus*”, a Lei Universitária de Hamburgo, ao fazê-lo, não fixou os critérios que orientariam sua distribuição e acessibilidade, motivo pelo qual o Tribunal Constitucional Federal alemão

⁵⁶³ SCHWABE, 2005, p. 661.

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 663.

⁵⁶⁵ KOMMERS; MILLER, 2012, p. 287.

declarou inconstitucional seu § 17, o qual legava aos regulamentos infralegais a discriminação a esse respeito. De outra banda, a Lei de Admissão às Universidades Bávaras veiculava tais critérios, mas, entre eles, previa vantagens aos candidatos bávaros inscritos nos processos de seleção acadêmica, o que foi igualmente reputado inconstitucional pela Corte, que assim declarou seu art. 3º, II.⁵⁶⁶ Todavia, concluiu-se que, do juízo de inconstitucionalidade, não se seguia a obrigação estatal de criar novas vagas, dado que essas existiam em número razoável ante a concretude dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais compulsados, tendo a Administração investido suficientemente na expansão dos cursos de Medicina.⁵⁶⁷

Com efeito, a exposição do pano de fundo jurisprudencial em que foi verberado o *topos* da reserva do possível enseja algumas mostrações de relevo acerca do substrato tradicional no qual este se edificou, bem como de sua referibilidade originária com a normatividade dos direitos fundamentais sociais. Passa-se, nas linhas seguintes, a analisar os aspectos nucleares da reserva do possível, de acordo com o horizonte tradicionalmente descortinado por seu afloramento na Corte alemã.

A tratativa emprestada à recém-lucubrada reserva do possível pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso “*numerus clausus*” desvela relevante horizonte de sentido, compreensivo da coisidade intencionalmente visada com o aludido termo. Ao aclarar discursivamente o *topos* da reserva do possível “como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”⁵⁶⁸, a Corte o apresenta como *locus* reflexivo da pluridimensionalidade dos direitos fundamentais e do entrelaçamento sistemático de seus âmbitos de proteção.

No cerne da fórmula frasal adotada, o pronome demonstrativo “aquilo” alvitra o objeto da exigência individual, a saber, os direitos, aqui entendidos no decurso de seu processo de concretização, aos quais correspondem correlatos deveres de seu atendimento, desde que se mostrem como incidentes na concretude aplicativa atual. Trata-se, em última análise, da observância dos elementos sistemáticos de concretização relativos aos programas e âmbitos normativos dos direitos sociais subjetivos e de sua dimensão objetiva, compreendida como a açambarcar os demais direitos prestacionais potencialmente não contemplados pela demanda invocada por intermédio dos sujeitos processuais no caso concreto.

A projeção de enraizamento da proposição ventilada se fortifica pela apreciação do arrazoado ulteriormente desenvolvido pelo Tribunal, o qual se justifica asseverando que se

⁵⁶⁶ SCHWABE, 2005, p. 666.

⁵⁶⁷ KOMMERS; MILLER, 2012, p. 290.

⁵⁶⁸ SCHWABE, 2005, p. 663.

admitir a existência de um direito ilimitado à criação de vagas no ensino superior “[...] levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada do balanceamento do todo [...]”⁵⁶⁹ e sustentando, ainda, que “[...] o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às expensas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social.”⁵⁷⁰

Percebe-se que a temática financeira apenas subordinadamente figura conectada ao círculo de sentido alusivo à reserva do possível. Noutras palavras: o elemento nuclear do *topos* corresponde à concorrência no processo de concretização de direitos, e à conseguinte delimitação (e não restrição ou ponderação) de seu âmbito normativo, entre as pretensões individuais a prestações e as demais dimensões dos direitos fundamentais sociais. Isso imporia uma exigência de razoabilidade à demanda individual que se almeja amparada em direito, relacionada àquilo “que o indivíduo pode razoavelmente exigir”⁵⁷¹ em função da concordância prática, reclamada pelo atendimento de uma demanda individual ante os demais direitos sociais concorrentes (e não colidentes), repercussão que tem, apenas como uma de suas muitas facetas, os impactos orçamentários daí decorrentes.

A delimitação erigida por intermédio da reserva do possível consistiu, deveras, na preservação da efetividade dos outros direitos sociais ante a pretendida realização da demanda individual ou coletiva em direito, e não em uma imposição do fático ao jurídico, em um juízo de carestia bastante ao afastamento de um direito. Noutros termos: o *topos* da reserva do possível, no julgado em apreço, só assume razão de ser em sua reportabilidade a um elemento jusfundamental. Nesse sentido, corrobora a seguinte assertiva, extraída do decisório em comento:

Fazer com que os recursos públicos limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.⁵⁷²

Outra matriz de sentido realçada no caso “*numerus clausus*” sob o escopo significativo da reserva do possível refere-se à competência inicial do legislador no desenho das políticas públicas, em esforço harmonizador dos interesses sociais reportáveis ao espectro normativo dos direitos fundamentais de segunda dimensão. É dizer, caberia ao Poder Legislativo, em primeiro lugar, cuidar da concretização daquelas normas, em traçado

⁵⁶⁹ SCHWABE, 2005, p. 663-664.

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 664.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 663.

⁵⁷² Ibidem, p. 664.

harmônico que será colmatado pela atividade administrativa, o que não obsta, porém, a procedibilidade e o atendimento de pleitos judiciais dessa monta, cuja análise deverá ter em conta, porém, a problemática competencial na eleição razoável dos meios, conforme salientado no julgado em apreço:

Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral.⁵⁷³

Assomaria a questão da divisão de funções do Estado como uma temática a ser considerada no discurso argumentativo judicial tangente aos direitos de segunda dimensão, cujas concepções prévias se sujeitariam à derrotabilidade diante de uma exigência individual de direito harmônica perante a unidade da Lei Fundamental. Entretanto, o elemento curial, por integrar o campo preconceitual do *topos* elucubrado pela Corte alemã, tendo preponderado, inclusive, nas razões de decidir desfechadas pelos juízes, é a concordância prática entre os âmbitos normativos dos direitos sociais individual e coletivamente concretizados, a aparecer, porém, a cada vez e singularmente na concretude do instante de mostração da normatividade.

De tudo quanto exposto no presente tópico, remanesce, primordialmente, a verificação de que a reserva do possível nasce normativamente conectada, significando o nexo sistemático da concretização de um direito subjetivo social à consideração do processo interativo de seu âmbito normativo com os demais direitos fundamentais concorrentes na concretude aplicativa presentificada em juízo, reportando-se apenas mediamente à temática do custeio, que aparece como elemento subordinado, não integrando o cerne historial do *topos*, ao menos em sua primeira elaboração pela jurisprudência germânica.

Cumpra averiguar, doravante, o processo histórico de (des)apropriação da reserva do possível pelo Direito brasileiro, perscrutando como o campo preconceitual ocultado matizou a autonomização do *topos* em enunciação desenraizada, atrelada ao pensar categorial da filosofia da consciência.

⁵⁷³ SCHWABE, 2005, p. 663.

8.2 A problemática incorporação do *topos* da reserva do possível pela práxis jurídica brasileira: (des)caminhos teóricos no bojo do pensamento neoliberal

Qualquer recepção de aparatos teóricos promanados do Direito Comparado que se pretenda benfazeja há de processar-se em permanente reflexão dialogal para com a tradição à qual pretende incorporar-se, conforme adverte Andreas Krell.⁵⁷⁴ O olvide do pano de fundo histórico-linguístico de sua elaboração, com a imposição autoritativa dos desígnios do intérprete, pode, porém, acarretar as mais graves consequências, quando, sob a magia superior de uma estrangeiria civilizada, se entroniza sub-repticiamente o escuso projeto ideológico do receptor, transfigurando o conceito importado em expressão-álibi⁵⁷⁵, posta simbolicamente no diálogo como fechamento incompreensivo, realizador da vontade de dominação daquele que a enuncia.

A incorporação da reserva do possível pelo discurso jurídico pátrio, como se mostrará, não corporificou mero transplante automático da construção lucubrada pela jurisprudência alemã. Pior do que isso, desvinculou-se sobremodo de seu solo histórico, vertendo-se apofanticamente em proposição desconectada da normatividade pretensamente intencionada e alinhando-se a um projeto ideológico refratário à normatividade constitucional, o qual se achava em curso no Brasil a partir de 1990.

Com efeito, a previsão normativa de uma amplo plexo de direitos fundamentais sociais na recém-promulgada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 desvelava a existência de uma ideologia constitucionalmente adotada voltada à realização do que Eros Roberto Grau denomina de “capitalismo de face humana”, ou modelo capitalista de bem-estar.⁵⁷⁶ Não obstante, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, conflitava com o discurso econômico dominante nos anos 1990, importando, em certa medida, numa contradição entre a Constituição e os fatores reais de poder, aqui referidos no sentido versado por Ferdinand Lassalle.⁵⁷⁷

A crise econômica mundial iniciada a partir de 1973 agudiza-se na década de 1990, evidenciando uma conjuntura mercantil nominada de estagflação, a qual combina baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação. Nessa ambiência, ganha corpo uma doutrina

⁵⁷⁴ KRELL, 2002, passim.

⁵⁷⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

⁵⁷⁶ GRAU, 2010, p. 221.

⁵⁷⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução e prefácio de Aurélio Wander Barros. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, passim.

político-econômica urdida desde os anos 1940, cujo propósito era o de recuperar o liberalismo econômico, em ressignificação à luz dos novos tempos.⁵⁷⁸

O neoliberalismo, vereda precipuamente idealizada pelas penas de Friedrich Hayek e Milton Friedman, caracteriza-se pela oposição veemente à limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, insurgindo-se contra o keynesianismo e sua defesa de uma organização estatal interventora no domínio econômico e promotora do bem-estar social.⁵⁷⁹ Sustentam tais autores que o Estado Social seria uma ameaça tanto à liberdade econômica quanto à liberdade política, suprassumindo o indivíduo na benemerência dos gastos sociais e eliminando o livre mercado e o desenvolvimento econômico. Segundo Hayek, “apesar de suas boas intenções, a social-democracia moderada inglesa [dos anos 40] conduz ao mesmo desastre que o nazismo alemão – uma servidão moderna”.⁵⁸⁰

Perry Anderson retrata com precisão a tessitura histórica em cujo cerne a proposta neoliberal é açambarcada pelo domínio político, imiscuindo-se nas orientações econômicas adotadas pelos mais diversos Estados:

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as idéias neoliberais passaram a ganhar terreno. As raízes da crise, afirmavam Hayek e seus companheiros, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. Esses dois processos destruíram os níveis necessários de lucros das empresas e desencadearam processos inflacionários que não podiam deixar de terminar numa crise generalizada das economias de mercado. O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, e a restauração da taxa “natural” de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos.⁵⁸¹

Com a consolidação do processo de globalização, marcado pela integração das sociedades, pelo encurtamento das distâncias e pela instantaneidade das trocas internacionais de informações e das relações de mercado, amolda-se uma ideologia de pensamento único,

⁵⁷⁸ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

⁵⁷⁹ AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Editorial Caminho, 2003, p. 21-28.

⁵⁸⁰ HAYEK, F. A. *apud* ANDERSON, 1995, p. 9.

⁵⁸¹ ANDERSON, 1995, p. 10.

formada com o fim da Guerra Fria e formalizada no Consenso de Washington, em 1989, a qual preceitua que a superação da crise econômica, especialmente nos países da América Latina, dar-se-ia pela adoção do receituário neoliberal, compendiado em dez regras universais, dentre as quais se destacavam o arrocho fiscal e a eliminação de restrições ao capital estrangeiro.⁵⁸²

Após a promulgação da Constituição de 1988, com a redemocratização do país e o agravamento da crise inflacionária, os governos logo aderem às premissas neoliberais, mormente sob as imposições do grande capital, financiador das custosas campanhas eleitorais. A partir da eleição de Fernando Collor de Mello, principia-se a implantação de uma política econômica claramente alinhada ao Consenso de Washington. Entretanto, este desiderato encontra na normatividade dos direitos fundamentais sociais e nos clamores sociais por sua efetivação consideráveis óbices à sua implantação. Ora, como promover a desejada redução dos gastos sociais e a urdidura de um Estado mínimo se a positividade constitucional importava no atrelamento orçamentário à consecução de um modelo de bem-estar, hábil a garantir uma existência digna a todos os brasileiros?⁵⁸³

Nesse diapasão, a par das sucessivas emendas constitucionais tendentes à desfiguração daquele modelo, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸⁴, cuja retirada de impositividade constitucional não lograram alcançar, a conveniente e obtusa importação de uma certa reserva do possível, *topos* colhido da jurisprudência alemã, reluz como ardil apropriado a subjugar a dogmática dos direitos sociais aos intentos extirpadores de sua efetividade, empunhados pelo movimento neoliberal.

Diversamente do manancial reflexivo germânico, em que a concordância prática no processo de concretização de direitos fundamentais sociais individuais e coletivos matizou o emprego da expressão reserva do possível, a incorporação “à brasileira” imprime o conteúdo ideológico-economicista do então desenraizado *locus* do pensamento constitucional.⁵⁸⁵ A remissão normativo-constitucional pautada “naquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”⁵⁸⁶ cede espaço ao fatalismo das limitações orçamentárias advenientes do econômico. O *topos*, antes correferencial à normatividade constitucional e, portanto, apenas mais uma dentre as pré-compreensões postas em diálogo indagativo perante a alteridade desvelada na concretude dos direitos, subverte-se ao desenraizamento proposicional servil à

⁵⁸² AVELÃS NUNES, 2003, p. 60-65.

⁵⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1083-1097.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 1092.

⁵⁸⁵ KRELL, 2002, *passim*.

⁵⁸⁶ SCHWABE, 2005, p. 663.

lógica econômica e passa ao falatório neoliberal como a já-entendida e mal-entendida sucumbência da posição jusfundamental frente aos ditames irresistíveis de uma pretensa realidade de escassez.

Advoga-se que os direitos fundamentais sociais seriam assaz dispendiosos para o Estado, porquanto demandantes de prestações positivas custosas, a representarem um entrave para o desenvolvimento econômico do país, o qual, sob a ótica neoliberal, exigiria a criação de um ambiente de confiança propiciado pelo livre mercado, observado o tripé constituído por câmbio flutuante, metas de inflação e, mais importante, rígidas metas fiscais.⁵⁸⁷ A política se subjugava aos grupos de interesse aludidos por Paulo Bonavides⁵⁸⁸, aos quais, mandatários dos interesses do grande capital, não interessava a movimentação do aparato estatal para atender às necessidades dos mais fracos, dado que isso representaria um incremento na carga tributária incidente sobre a atividade econômica, bem como a redução dos espaços orçamentários para o pagamento de juros de usura aos rentistas, além daqueles destinados à concessão de benemerentes e reiteradas anistias fiscais travestidas de parcelamentos tributários. Assim, a designada reserva do possível, na forma em que apreendida em *terrae brasilis*, circunda espaço categorial inautêntico plasmado pela insurgência dos fatores reais de poder⁵⁸⁹ ante a força normativa da Constituição⁵⁹⁰.

Noutro giro, trata-se de ponto de inflexão na relação entre os sistemas jurídico e econômico. Os ruídos do econômico, reclamantes de uma redução dos gastos políticos, verberam ambientalmente no entorno do jurídico, cuja lógica do lícito e ilícito traduzia a obrigatoriedade de concretização dos comandos constitucionais. A intensidade de tais ecos culmina por romper unidimensionalmente a barreira sistêmica do Direito, sem a necessária releitura a partir de seu código⁵⁹¹, corrompido pela racionalidade econômica da otimização de recursos escassos, em verdadeira alopoiese do jurídico.⁵⁹²

Desta feita, o desenraizamento proposicional-enunciativo-apofântico da reserva do possível, operado como já-entendido da necessária contenção das pretensões sociais pelas ilegitimamente pressupostas reservas orçamentárias escassas, expressa o desenho de uma comunicabilidade unidirecional entre a normatividade constitucional e o sistema econômico,

⁵⁸⁷ FRAGA NETO, Armínio. Sobre a relação entre os regimes fiscal e monetário no Brasil. In: BACHA, Edmar (Org.). *A crise fiscal e monetária no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016.

⁵⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 562.

⁵⁸⁹ LASSALLE, 2001, passim.

⁵⁹⁰ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁹¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 24 et. seq.

⁵⁹² NEVES, 2007, p. 140.

com a prevalência da lógica mercantil, vislumbrada como adequada e suficiente à derrotabilidade fática de um direito fundamental de segunda dimensão.⁵⁹³ A implantação do código econômico no interior do sistema jurídico ocorre pela via da introdução de uma proposição utensiliar que se desvela hipertrofiada de conteúdo ideológico-econômico velado, retoricamente servil ao neoliberalismo. Nesse passo, a negação casuística de um direito fundamental justificar-se-ia pela *autorictas* subjacente a um suposto, e ilegitimamente pressuposto, dogma da teoria constitucional, a travestir a entronização do econômico como razão suficiente à não-incidência de seu âmbito de proteção.

A decadência utensiliar da apropriação brasileira da reserva do possível, manejada como referente direto à dimensão do custo dos direitos e aviltante à dignidade humana, cuja proteção é posta em segunda linha em face do império do economicismo neoliberal, realça-se por arestos como o que se colaciona a seguir, no qual se afigura patente a ilegítima pré-compreensão veiculada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. DISPONIBILIZAÇÃO DE EXAMES PARA TODA A POPULAÇÃO. INEXEQÜIBILIDADE E DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. RESERVA DO POSSÍVEL. O Município não pode ser obrigado a disponibilizar exames, indistintamente, a toda a população, sem que haja prévia análise dos recursos orçamentários, eis que tal medida se mostra desproporcional e inexequível, violando a cláusula da reserva do possível. Recurso conhecido e provido.⁵⁹⁴

O acórdão acima ementado foi proferido Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu, em sede de ação civil pública, antecipação dos efeitos de tutela para que o município de Carangola/MG garantisse a todos os necessitados, mediante laudo médico devidamente emitido por profissional do Sistema Único de Saúde (SUS), a realização do exame de “arteriografia de controle pós-operatório”.⁵⁹⁵

Em seu conciso voto de uma lauda, a eminente relatora cingiu-se a afirmar, à míngua de qualquer comprovação da alegada ausência de recursos por parte do município, que a medida deferida, por sua pressuposta carestia, “violaria” (*sic*) a “cláusula” da reserva do possível.⁵⁹⁶ Note-se: a reserva do possível foi considerada como uma proposição capaz de, *per se*, afastar um direito fundamental social. Tal foi a resultante de seu desenraizamento e

⁵⁹³ Cf. LUHMANN, 2005, p. 315-358.

⁵⁹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0133.07.038054-7/001. Relatora: Des. Albergaria Costa. *Minas Gerais*, Belo Horizonte. Data de Julgamento: 12/02/2008.

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

consequente decaída no falatório neoliberal, exurgindo como enunciado desconectado da alteridade normativa e, pior, capaz de ilegitimamente silenciá-la.

Com efeito, o que se nota, na grande maioria dos casos em que o aludido *topos* figura no processo decisório, é que a reserva do possível à brasileira apresenta-se como um álibi argumentativo vazio, cuja reles invocação basta para desincumbir o intérprete do ônus de justificação decorrente do não reconhecimento dos direitos fundamentais sociais reivindicados.⁵⁹⁷

A imprecisão e a vagueza estampadas na pressuposição hermenêutica irrefletida de uma escassez de recursos incontornável não se fazem confrontar pela confirmação do enunciado perante a alteridade normativa incompreendida. Basta afirmá-lo para se ter por satisfeita a fundamentação à negativa do direito, donde se conclui, com Ana Paula de Barcellos, que “a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia o avanço da sindicabilidade dos direitos sociais.”⁵⁹⁸

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais sociais realça que a compreensão da Corte sobre a reserva do possível condiz com a inapropriada atributividade normativa do custo dos direitos, fruto da incorporação à brasileira do *topos* germânico. Na multicitada decisão monocrática proferida na medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/2004, o Ministro Celso de Mello se refere à reserva do possível nos seguintes termos, em trecho reproduzido na quase totalidade dos julgados do STF em que a expressão “reserva do possível” foi mencionada:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 de maio de 2004.

Destarte, o esvaziamento proposicional da reserva do possível se expõe por seu manejo genérico, tendo em conta, inclusive, a fundamentação de decisórios em sentidos opostos. Resulta, sobremaneira, do desenraizamento observado em sua apreensão pela doutrina brasileira dos direitos fundamentais sociais, perdida em meio ao mal-entendido do falatório neoliberal, conforme o qual a exigibilidade dos direitos sociais estaria condicionada à irrefletida alegação da escassez de recursos, superficial e fragilmente embasada na carestia de uma prestação positiva. A impropriedade de tal assertiva se demonstra ao se ter em mira que a presença de recursos para o atendimento de uma prestação social relaciona-se, em verdade, às escolhas políticas efetuadas na alocação de recursos legislativamente aprovada e na consequente execução orçamentária pelo administrador público.

Assim, a falácia da escassez absoluta de recursos não passaria de uma questão de vontade política.⁶⁰⁰ Lado outro, a implicação de gastos públicos não é exclusiva aos direitos de segunda dimensão, haja vista que também os direitos civis e políticos sujeitam-se à consecução de despesas grandiosas para sua fruição, do que é exemplo significativo a criação das estruturas estatais destinadas ao exercício do poder de polícia, à atividade jurisdicional, entre outras.⁶⁰¹

A nebulosidade própria à significação do *topos* da reserva do possível quando de sua apreensão pelo discurso jurídico brasileiro, bem assim a perplexidade advinda do amálgama de utilizações que ensejou na jurisprudência dos direitos sociais, despertou o interesse da doutrina sobre a temática, elencando-se diversos posicionamentos sobre sua pressuposta natureza jurídica e as limitações a que estaria sujeita.

Visando, pois, a prosseguir na desobstrução hermenêutica objetivada, segue-se, no capítulo seguinte, o exame das principais propostas e divergências sobre o pretense *locus* dogmático da reserva do possível e de seus afirmados limites, tudo isso tendo em mira sua confrontação com a alteridade normativa intencionada pelo *topos* impropriamente vertido em enunciado categorial. Noutras palavras: trata-se de trazer à fala as pré-compreensões ocultadas sob o entalhe proposicional da reserva do possível, reconectando-as ao diálogo com a normatividade da qual se viu apartada e, assim, desvelando a legitimidade ou ilegitimidade das referidas pressuposições diante do *alter* da coisa intencionada.

⁶⁰⁰ KRELL, 2002, *passim*.

⁶⁰¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York, EUA: W. W. Norton & Company, 1999, p. 77.

9 AS (IN)COMPREENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL À LUZ DA DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

As divergências teóricas acerca da reserva do possível sentem-se notar já no momento de sua conceituação. O emprego do aludido *topos* na doutrina jurídica pátria revela evidente cizânia nessa seara. Trata-se genericamente da reserva do possível como cláusula, princípio ou, ainda, teoria, sem se afirmar o que tais qualificativos estariam a significar. Pré-compreende-se um consenso a esse respeito, o qual se esvai, em face do mal-entendido antes referido.

Destarte, é em semelhante vazío do já-entendido que se abrem as convenientes ensanchas ao arbítrio, ao converter-se, para o intérprete, em um pressuposto discursivo solvido, a esconder um vácuo de sentido escusamente preenchido pelos intentos de dominação do jurídico pelo economicismo neoliberal, o qual instrumentaliza o caótico uso das expressões retromencionadas. Fala-se da cláusula, do princípio ou da teoria como uma palavra mágica, simbolicamente posta no discurso ao atendimento das pretensões do falante que a invoca, porém adversa à reflexão hermenêutica, obstada pela pressuposta definição do indefinido.

Malgrado a profusão de escritos que versaram, central ou periféricamente, sobre a reserva do possível, pouquíssimos se dedicaram à compreensão de sua natureza jurídica, bem como de seu alegado enquadramento normativo na dogmática dos direitos fundamentais sociais. Dentre tais pesquisas, destaca-se a de Ana Carolina Lopes Olsen, a qual dedica parte de sua obra referencial no estudo da reserva do possível à investigação do conceito daquele *topos*.⁶⁰²

A autora disserta, inicialmente, sobre a compreensão da reserva do possível como um princípio. Sustenta, todavia, que tal entendimento seria equivocado, porquanto esta não prescreveria um estado de coisas a ser atingido, um mandamento de otimização. Noutro giro, repele, também, a qualificação da reserva do possível como cláusula ou postulado, a significarem condicionamentos impostos à concretização dos direitos fundamentais sociais, dado que aquelas espécies, como meta-normas, seriam, no entendimento de Humberto Ávila, insuscetíveis à ponderação. Conclui, assim, que a reserva do possível caracterizaria, em verdade, condição da realidade, um limite dos fatos a ser ponderado diretamente com os

⁶⁰² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

direitos fundamentais sociais que se pretendam ver garantidos, posicionamento que será analisado adiante.⁶⁰³

Walber Araújo Carneiro, por seu turno, defende que a reserva do possível consubstanciaria uma excludente de ilicitude, a afastar a contrariedade normativa da omissão estatal no atendimento de uma prestação positiva, verificada sempre que a escassez de recursos impusesse obstáculo inarredável à atuação satisfativa.⁶⁰⁴

Noutra senda, José Reinaldo de Lima Lopes concebe a reserva do possível com recurso a três categorias tradicionais do pensamento jurídico: a obrigação impossível, a doutrina da questão política e a cláusula potestativa. De acordo com a primeira delas, a reserva do possível configuraria a inexigibilidade de uma atuação positiva do Poder Público sempre que impossível a obrigação constitucional a ser satisfeita, por inexistência de recursos ou impossibilidade técnica de atendimento da pretensão. À luz da doutrina da questão política, por sua vez, a reserva do possível limitaria a sindicabilidade de prestações positivas sempre que a questão situada centrar-se no espaço de discricionariedade do administrador, quando da elaboração de políticas públicas. Por fim, a categoria da cláusula puramente potestativa expressaria um uso defeso da reserva do possível, ventilada de modo a situar a prestação positiva ancorada em um direito fundamental social na dependência exclusiva da iniciativa estatal, cuja omissão somente será tolerável se devidamente fundamentada.⁶⁰⁵

Ingo Wolfgang Sarlet anota que a reserva do possível desdobrar-se-ia em uma dimensão tríplice, abrangente da disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, da disponibilidade jurídica, isto é, na lei orçamentária, desses mesmos recursos e da proporcionalidade da prestação social exigida. Quanto à disponibilidade fática, referir-se-ia propriamente à escassez, isto é, a ausência ou insuficiência dos recursos públicos necessários para a realização de um direito subjetivo fundamental de segunda dimensão. No que concerne à disponibilidade jurídica, reportaria à exigência de prévia alocação orçamentária para a consecução de gastos públicos. Por fim, a proporcionalidade da prestação se relacionaria à exigibilidade do direito subjetivo social, ditada por sua razoabilidade, a ser aferida segundo o modelo alexyano.⁶⁰⁶

⁶⁰³ OLSEN, 2008, p. 201.

⁶⁰⁴ CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan./dez. 2004, p. 371-388.

⁶⁰⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113; 126-129.

⁶⁰⁶ SARLET, 2012, passim.

Referido autor adota, outrossim, a concepção de reserva do possível esposada por Olsen, conforme a qual aquela há de ser compreendida como uma espécie de condição da realidade, a exigir uma ponderação entre a escassez e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.

Outro objeto de aguerridas cizânias doutrinárias diz respeito à oponibilidade propriamente dita da reserva do possível à concretização dos direitos fundamentais sociais. Sobre a matéria, divisam-se, em classificação não exauriente, três posicionamentos na doutrina pátria. O primeiro deles, encampado, entre outros, por Andreas Krell, advoga que a reserva do possível seria uma falácia, decorrente de transposição precipitada e equivocada do Direito alemão e que, no que respeita peculiarmente às prestações positivas vinculadas à saúde, a solução seria atender a todos os casos, realocando-se recursos destinados a outras áreas.⁶⁰⁷

De outra parte, Sarlet e Figueiredo argumentam que a reserva do possível seria objetável apenas àquelas prestações que não se situem no cerne do denominado mínimo existencial, entendido pelo autor como as condições indispensáveis para uma existência digna. Nesses casos, tratar-se-ia de direitos subjetivos definitivos, impassíveis de afastamento pela aludida condição da realidade. Nas demais situações, porém, a prevalência ou não da reserva do possível deverá ser determinada a partir da ponderação entre os princípios colidentes e a escassez.⁶⁰⁸

Por último, ressalte-se o posicionamento de Gustavo Amaral⁶⁰⁹ e de Flávio Galdino⁶¹⁰, consoante o qual sempre, e em qualquer situação, a problemática dos limites financeiros-orçamentários deverá ser considerada e, constatada a real impossibilidade fático-jurídica, poderá justificar até mesmo a negativa de prestações situadas na esfera do chamado mínimo existencial. Noutros dizeres: para Amaral e Galdino, na esteira de Sunstein e Holmes, os limites dos direitos fundamentais são determinados pelos recursos financeiros orçamentariamente alocados para seu atendimento.

De fato, a pergunta sobre a natureza jurídica e os limites aplicativos da reserva do possível expressa, na verdade, a indagação sobre a relação acaso existente entre ela e os

⁶⁰⁷ KRELL, 2002, p. 54.

⁶⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42-43.

⁶⁰⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172 et. seq.

⁶¹⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 345-347.

direitos fundamentais sociais. Da determinação de sua posição teórica em face destes, supõe-se que emergirá a resposta sobre sua natureza jurídica e, de conseguinte, acerca da admissibilidade e extensão das restrições por ela impostas àquelas normas.

A oponibilidade da reserva do possível condicionar-se-ia, assim, à fundamentação constitucional de seu círculo significativo. Assim, haveria, num primeiro momento, que se averiguar se as pré-compreensões sob seu pálio veladas adequam-se constitucionalmente ao sistema jurídico desenhado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apurada sua referibilidade à coisa intencionada, bem assim a autenticidade do modo de linguagem no qual se veicula, poder-se-ia aquilatar a sobrevivência do objeto deste estudo como um *topos* normativamente orientado no discurso constitucional, ou se concluir por sua premente extirpação das discussões sobre a matéria, tendo em mira a preservação da força normativa da Constituição.

Cumprido, portanto, analisar as principais teorias sobre as restrições alegadamente impostas aos direitos sociais pela reserva do possível, perscrutando-se, mais detidamente, as concepções hauridas no seio de cada qual sobre o estatuto teórico do precitado *topos*. De frente à plurissignificatividade supramencionada, talvez vazio semântico arditamente construído em sua aparência, tal se apresenta como passo hermenêutico necessário ao labor conducente à tratativa dos questionamentos enfrentados por este trabalho.

Neste norte, os tópicos seguintes serão dedicados à exposição sumária das teorias do custo dos direitos e da condição da realidade, as duas principais explanações ofertadas pela doutrina constitucional majoritária para a concepção de reserva do possível vigente em seu discurso.

9.1 A teoria do custo dos direitos

A teoria do custo dos direitos foi originalmente concebida pelos juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, tendo sido exposta na consagrada obra “*The cost of rights: why liberty depends on taxes*”. A tese sustentada pelos autores é, sinteticamente, a de que os direitos subjetivos de índole pública são todos, em alguma medida, positivos, sendo falaciosa a distinção de Jellinek entre direitos positivos e negativos.⁶¹¹ Afirma-se, com isso, que todo e qualquer direito, para sua efetivação, exige um *facere* do Estado, seja esse direito individual, político ou social. Assim, a dimensão do custo,

⁶¹¹ HOLMES; SUNSTEIN, 1999, passim.

antes considerada apenas em relação aos direitos sociais, deve ser levada em conta para a aplicação de todo e qualquer direito fundamental.

Sunstein e Holmes propugnam que a garantia de um direito está sempre condicionada aos gastos expendidos pelo Estado em sua efetivação.⁶¹² Citada consideração seria aplicável mesmo em face dos clássicos direitos liberais, aduzindo os estudiosos interessante exemplo acerca da proteção do direito de propriedade diante de um enorme incêndio, ocorrido em 1995, na cidade de Westhampton, nos EUA, cujo desate exigiu a mobilização de vultosos recursos públicos. A qualificação de um interesse como um direito dependeria, assim, menos de sua positivação do que da alocação de recursos públicos para sua garantia e promoção, sem a qual estes não existem, fática e juridicamente.

Nesse diapasão, os autores asseveram que, constatada dispendiosidade de todos os direitos, exigi-los significa distribuir recursos públicos escassos. A cada direito pleiteado, judicial ou administrativamente, alterar-se-ia o quadro da distribuição orçamentária, com a redução dos recursos disponíveis para o atendimento de outras demandas. Destarte, a inafastabilidade da escassez imporá duas conclusões, igualmente inarredáveis: a) o atendimento de todo e qualquer direito acarreta um sacrifício da propriedade privada, da qual se exige o custeio sob a forma de tributos; b) nenhum direito pode ser exigível de maneira perfeita e por completo.

Tais considerações implicariam, ademais, um dever de responsabilidade para os titulares de um direito e para o Estado, porquanto, consoante Holmes e Sunstein, “[...] prestar atenção ao custo dos direitos nos permite compreender melhor a relação de apoio mútuo entre direitos e responsabilidades. E o mesmo vale quando passamos dos direitos clássicos aos direitos típicos do moderno Estado regulador”.⁶¹³

Esse dever de responsabilidade exigiria o controle do processo alocativo dos recursos públicos no orçamento estatal, considerados a fonte de custeio e o problema da escassez. Determinaria, noutra senda, um redesenho do conceito de direito, com a inclusão da dimensão do custo em sua definição. Deste modo, a fim de se apurar a existência de um direito subjetivo fundamental, caberia averiguar se o interesse que nele se funda é custeável micro e macroeconomicamente, do contrário se concluindo por sua insubsistência.⁶¹⁴

⁶¹² SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 20.

⁶¹³ Ibidem, p. 241.

⁶¹⁴ Ibidem, loc. cit.

As reflexões de Holmes e Sunstein foram transportadas para o direito brasileiro pela pena de autores como Flávio Galdino⁶¹⁵ e Gustavo Amaral⁶¹⁶. Todavia, curiosamente, acentuou-se, nesta recepção, apenas a problemática relativa aos direitos sociais, muito embora a ressalva dos autores norte-americanos quanto ao caráter positivo inerente a todos os direitos fundamentais.

Galdino sustenta que o custo integra o próprio conceito de direito subjetivo público. A reserva do possível, nesse passo, corporificaria um limite imanente aos direitos fundamentais sociais, o qual seria determinado pela possibilidade fática de custeio da prestação reclamada: inexistente esta, inexistiria o direito mesmo. Noutros dizeres, se o substrato fático não comporta a concretização daquele direito, sequer há que se falar em sua verificação.⁶¹⁷

Nota-se, no particular, que se trata de um arremedo equivocado da teoria dos limites imanentes, eis que o âmbito da norma integra sua estrutura interna, sendo capaz de afastar a incidência do preceito em condições tais que não se enquadrem no programa abstratamente traçado, o qual traria implícito, no que toca aos direitos fundamentais de segunda dimensão, a possibilidade de custeio, admitindo-se a não aplicação de um direito subjetivo social extremamente oneroso, à vista das nefastas consequências para o Erário.

Demais disso, para Galdino, não é a ausência de previsão orçamentária ou o esgotamento do orçamento que deve nortear a resolução da problemática pressuposta do custo dos direitos. Até porque, se não há recursos em orçamento, pode-se, perfeitamente, deslocar o atendimento da demanda para o exercício financeiro subsequente. Disso decorre que a questão fulcral é a consideração de que os recursos, em geral, são escassos. Impossível, pois, atender a todos os direitos subjetivos (ou a todos os possíveis direitos subjetivos) passíveis de invocação pelos pretensos titulares. Impõe-se a feitura de escolhas trágicas, que há de ter como pauta a hierarquia de prioridades constitucionalmente estabelecida. Observada minimamente essa hierarquia, todavia, a ausência de dotação orçamentária conduziria, inexoravelmente, à ausência do direito.⁶¹⁸

A colocação do problema do custeio como elemento integrante do conceito de direito implicaria, para o autor, em uma atribuição de maior responsabilidade aos destinatários dos direitos, especialmente no que concerne à tributação, a partir da consideração de que “direitos

⁶¹⁵ GALDINO, 2005.

⁶¹⁶ AMARAL, 2001.

⁶¹⁷ GALDINO, 2005, p. 233-235.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 235.

não nascem em árvores” e de que “levar os direitos a sério é levar o problema da escassez a sério”.⁶¹⁹ Nessa linha de raciocínio, afirma Galdino:

De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito público subjetivo em especial (ou determinado, ou seja, o direito de uma determinada pessoa receber uma determinada prestação) quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático, realizá-lo.⁶²⁰

Percebe-se, pois, que, à luz da teoria brasileira do custo dos direitos, a reserva do possível assume a natureza jurídica de um limite fático imanente aos direitos fundamentais. A dimensão econômica entroniza-se, assim, na definição do âmbito de proteção de um direito fundamental, cuja existência dela dependerá, não resistindo, tampouco, a parcela do assim designado mínimo existencial, sobre a qual se tratará em momento posterior neste estudo.

Gustavo Amaral perfilha a mesma orientação, acentuando a dignidade do orçamento, que deve ser tomado como base para a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, apenas sendo afastável diante da comprovação cabal da irrazoabilidade das escolhas nele estampadas⁶²¹, sendo certo que o autor opera, aqui, evidente inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. De modo enfático, advoga o autor, tendo como fulcro as demandas relacionadas ao direito fundamental à saúde:

Neste aspecto, parece impressionante que mesmo após anos de ativismo judicial quanto a medicamentos não sejam conhecidos estudos que apontem de onde vieram recursos para a compra. Será que os remédios fornecidos por força de decisão foram obtidos graciosamente pelo Estado? Será que foram adquiridos por compra emergencial? Será que os preços obtidos foram os melhores? Não tendo havido aquisição gratuita, de onde vieram os recursos? De outros setores? De redução dos gastos com propaganda? Ou será que vieram da não execução de prioridades no próprio setor de saúde, como sugere a reportagem do Valor Econômico do dia 16 de agosto de 2007?⁶²²

Nessas razões, assim como Galdino, compreende a reserva do possível como um limite imanente aos direitos de segunda dimensão, consistente na possibilidade financeira de seu atendimento, a ser orçamentariamente aquilatada. Assim, conclui Amaral:

⁶¹⁹ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Ricardo Lobo Torres (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 284.

⁶²⁰ Ibidem, loc. cit.

⁶²¹ AMARAL, 2001, p. 208-209.

⁶²² AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

Também por isto nos permitimos divergir de Sarlet para entender que ante o caráter expansionista do chamado “direito à vida”, a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito, ou, como preferimos, da densificação e decisão quanto ao atendimento da pretensão, pelo que a chamada “reserva do possível” é elemento integrante.⁶²³

Inexistiriam, portanto, sob a ótica desta teoria, limites à configuração em concreto da reserva do possível. Uma vez que essa se compreende como demarcação interna ao próprio direito, sempre que caracterizada a suposta impossibilidade fático-orçamentária ter-se-ia a negação da proteção jusfundamental, insuscetível a qualquer ponderação.

9.2 A teoria da condição da realidade

A teoria da condição da realidade, por seu turno, concebe a reserva do possível como um elemento fático, exterior ao direito fundamental social, capaz de restringir sua eficácia nos casos concretos. Caberia ao intérprete-aplicador, à luz dessa vertente teórica, verificar, em cada caso, a existência de condições materiais para a realização do direito prestacional. Tal averiguação, em peculiar interpretação da teoria externa dos direitos fundamentais, dar-se-ia pela ponderação entre esses direitos e a escassez, por intermédio da máxima da proporcionalidade.⁶²⁴

Entende-se, assim, que, *prima facie*, o direito fundamental social outorgaria posições jurídicas as mais amplas possíveis, as quais, para se converterem em direitos definitivos, haveriam de ser ponderadas em face da limitação dos recursos econômicos disponíveis para seu atendimento. A existência do direito subjetivo *prima facie* não seria, assim, afetada pela indisponibilidade orçamentária. Essa atuaria em momento posterior, como restrição externa à definitividade dos direitos de segunda dimensão.⁶²⁵

A restrição imposta pela escassez à concretização dos direitos prestacionais estaria sujeita ao controle de sua constitucionalidade, por meio da máxima da proporcionalidade. A ponderação dar-se-ia entre elementos fáticos, de um lado, e direito, de outro. Cumpriria ao intérprete perscrutar se a escassez é incontornável ou não e, em sendo negativa a resposta, se as escolhas orçamentárias que lhe deram ensejo são razoáveis. Desta feita, a doutrina distingue entre o logicamente impossível, compreendido como a impossibilidade racional de uma prestação, isto é, como sua inexistência no mundo, o faticamente impossível, caracterizado quando efetivamente inexistem recursos para o atendimento de uma prestação, e

⁶²³ AMARAL, 2010, p. 91.

⁶²⁴ OLSEN, 2008, p. 201 et. seq.

⁶²⁵ Ibidem, loc. cit.

o juridicamente impossível, verificado nos casos em que a prestação reclamada não esteja albergada por prévia dotação orçamentária.⁶²⁶

Segundo os defensores da teoria da condição da realidade, a consideração da escassez como um limite externo aos direitos prestacionais imporia dupla exigência ao discurso aplicativo desses direitos: a) em todos os casos, haveria de se investigar se a escassez é necessária e proporcional em sentido estrito frente aos direitos de segunda dimensão; b) os poderes públicos estariam obrigados a fundamentarem a destinação por eles conferida aos recursos materiais, sendo inegável o mérito desta segunda exigência, a despeito da discordância desta dissertação em relação ao todo da teoria apreciada.⁶²⁷

Assim, se nos casos em que a ausência de recursos materiais fosse de ordem lógica ou realística a derrotabilidade dos direitos alcançaria índices próximos da certeza, tal não se verificaria nas circunstâncias em que a escassez se originasse de uma opção legislativa, hipótese em que impenderia sopesar a razoabilidade das alocações de recursos então desfechadas.

A teoria da condição da realidade é, explícita ou implicitamente, aquela adotada pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias na contemporaneidade brasileira. A reserva do possível é entendida, quase que à unanimidade, como um pressuposto dado da realidade externa que, identificado proposicionalmente com a escassez de recursos, se revelaria hábil a restringir a aplicação dos direitos fundamentais sociais, o que ocorreria *per se* e autonomamente. Noutras palavras: a realidade, enquanto tal e desgarrada de fundamento jurídico-normativo, é pressupostamente vislumbrada como apta a afastar a definitividade de um direito prestacional. A seguir, colaciona-se alguns destacados pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais nesse sentido.

Ana Carolina Lopes Olsen, autora responsável pela sistematização dessa plêiade de entendimentos acobertados sob o pálio da teoria da condição da realidade, sustenta que “a reserva do possível corresponde a um dado da realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito.”⁶²⁸ Trata-se, para a autora, de “uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos

⁶²⁶ OLSEN, 2008, p. 173 et. seq.

⁶²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁶²⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível*. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, p. 212.

existentes”, a qual poderia “[...] reduzir, ou até eliminar o acesso dos titulares de um direito fundamental social ao bem juridicamente protegido.”⁶²⁹

O controle da restrição imposta pela reserva do possível ocorreria por meio da ponderação, na medida em que “[...] a alegação, pelos poderes públicos, de que não dispõem de recursos suficientes para a satisfação de uma pretensão material deduzida em juízo deve passar pelo crivo da proporcionalidade.”⁶³⁰ Assim, arremata a autora: “esta escassez de recursos, em outras palavras, deverá ser necessária e proporcional.”⁶³¹

Ingo Wolfgang Sarlet também compreende a reserva do possível como uma condição da realidade. O autor, conquanto diferencie entre disponibilidade fática e disponibilidade jurídica de recursos, esta última concernente à existência de prévia alocação orçamentária para atendimento da prestação, adota o modelo ponderativo, perfilhando a insuficiência de recursos como imediatamente restritiva dos direitos de segunda dimensão. Nesse diapasão, Sarlet sustenta que “[...] por mais vital que seja a prestação, tal circunstância não tem o condão de contornar o limite fático imposto pela ausência de recursos.”⁶³²

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco também parecem adotar este entendimento ao asseverarem que “[...] o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível [...]”.⁶³³ Há que se ressaltar, ainda, a remissão feita pelos autores à teoria de Alexy como modelo aplicativo dos direitos prestacionais, a qual corrobora a concepção de reserva do possível esposada nas páginas anteriores de sua obra.

Ana Paula de Barcellos encampa implicitamente a teoria da condição da realidade ao assentar que “[...] torna-se imperioso examinar alguns elementos não propriamente jurídicos que, apesar disto, poderão exercer considerável influência sobre a construção da eficácia jurídica das normas em questão. É nesse contexto que se insere o estudo da reserva do possível.”⁶³⁴ O ponto de vista se confirma à luz da definição de reserva do possível enunciada pela autora, que assevera que “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”⁶³⁵

⁶²⁹ OLSEN, 2006, p. 331.

⁶³⁰ Ibidem, p. 208.

⁶³¹ Ibidem, loc. cit.

⁶³² SARLET, 2012, p. 326.

⁶³³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 826.

⁶³⁴ BARCELLOS, 2002, p. 236.

⁶³⁵ Ibidem, loc. cit.

Daniel Sarmiento, por seu turno, compreende a reserva do possível como desdobrada em um componente fático e outro jurídico, sendo o primeiro afeto à efetiva disponibilidade de recursos e o segundo relacionado à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos. Conquanto o autor não adote a compreensão da doutrina majoritária sobre a ponderação imediata entre a reserva do possível e os direitos fundamentais sociais, o conteúdo por ele atribuído à cláusula é equivalente ao adotado pela maioria dos autores, diferindo apenas o modo de apurá-lo.⁶³⁶

É dizer, embora os custos dos direitos participem da definição de reserva do possível encampada por Sarmiento, ele a concebe em sua dimensão fática como “a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.”⁶³⁷ Nestes termos, Sarmiento entende que a reserva do possível imporia ao julgador o dever de promover um teste de universalização das despesas geradas com o atendimento de uma demanda individual, nos moldes kantianos, examinando se ela seria financeiramente extensível àqueles que se encontrassem em idêntica situação àquela do demandante. Somente nos casos em que a resposta a essa indagação fosse positiva é que haveria de se falar em um direito subjetivo social definitivo.⁶³⁸

Noutro giro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se inclina para a compreensão da reserva do possível como condição da realidade, que restringe externamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581.352/AM, em que se contrastava a decisão do STF que determinou a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades do Amazonas, o Ministro Celso de Mello, ao negar provimento ao recurso apresentado pelo ente federado, tratando da reserva do possível em seu voto, salientou o seguinte, em trecho que se repete tanto em seus votos como naqueles de outros ministros proferidos em sede de direitos prestacionais:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá

⁶³⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 572.

⁶³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.⁶³⁹

Assente no caráter externo e realístico da reserva do possível, o Ministro pontuou que essa haveria de ser ponderada em face dos direitos fundamentais sociais e que não poderia ser invocada pelo Estado “[...] com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais [...]”, tampouco sendo oponível à esfera do mínimo existencial.⁶⁴⁰

Referidos trechos, expressos, originalmente, no julgamento da multicitada medida cautelar na ADPF n. 45, figuram em quase todos os arestos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal na matéria, inclusive no igualmente paradigmático Recurso Extraordinário n. 410.715/SP⁶⁴¹, e evidenciam o entendimento dominante da Corte no sentido de que a reserva do possível caracteriza uma restrição externa pressupostamente impingida pelo custo dos direitos prestacionais sociais, a qual deve ser diretamente sopesada em face deles, conforme a técnica da ponderação alexyana, sendo inoponível, porém, ao designado mínimo existencial. De se ver, portanto, que o posicionamento do STF alinha-se, por essas razões, à teoria da condição da realidade, muito embora a iterativa citação da obra de Sunstein e Holmes na quase totalidade dos votos proferidos sobre a matéria.

9.3 A (in)oponibilidade da reserva do possível e a questão do mínimo existencial

A oponibilidade da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais suscita posicionamentos divergentes no seio da doutrina pátria, os quais variam desde o completo rechaço até a sua aceitação irrestrita. Uma sistematização sobre a matéria permite divisar fundamentalmente três ordens de posicionamentos: a) rejeição total à oponibilidade da reserva do possível; b) aceitação sem ressalvas; c) aceitação parcial, condicionada ao respeito ao denominado mínimo existencial.

A primeira vertente teórica encontra em Andreas J. Krell um de seus principais defensores. Este autor observa que a absorção da reserva do possível pela doutrina brasileira originou-se de uma transposição dogmática equivocada do conceito cunhado na jurisprudência alemã. Krell pontifica que a recepção da reserva do possível, alhures definida como aquilo

⁶³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 de novembro de 2013.

⁶⁴⁰ *Ibidem*.

⁶⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Antecipada no Recurso Extraordinário nº 495.740/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 de agosto de 2009.

que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, contaminou-se por uma adaptação impingida por Canotilho ao *topos* alemão, que restou convertido em reserva do fática ou financeiramente possível.⁶⁴²

Ademais, o autor anota que as realidades alemã e brasileira são radicalmente distintas no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Enquanto em terras germânicas os direitos prestacionais já alcançaram um elevado patamar de concretização, podendo, por isso mesmo, se cogitar em sua restrição, o Brasil ainda convive com a dramática síndrome de inefetividade dessas normas, apresentando indicadores sociais sofríveis.⁶⁴³ Por essa razão, o transplante da aludida construção teórica revela-se, a um só tempo, incabível e despropositado, conforme assevera Krell:

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente. [...] Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.⁶⁴⁴

Ante o exposto, Krell conclui que a reserva do possível não passa de uma falácia argumentativa, de sorte que sua inoponibilidade aos direitos fundamentais sociais seria consequência inarredável. Caberia ao Estado, portanto, garantir a integralidade do catálogo constitucional de direitos de segunda dimensão, em toda a sua plenitude.⁶⁴⁵

Outra corrente, defendida, entre outros, por Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁴⁶ e Ana Carolina Lopes Olsen⁶⁴⁷, propõe que a oponibilidade da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais estaria condicionada à sua submissão ao crivo da proporcionalidade e à preservação da indenidade do mínimo existencial. Para estes autores, o âmbito de proteção dos direitos prestacionais estaria imune aos efeitos restritivos da reserva do possível apenas na fração correspondente ao mínimo existencial.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, o mínimo existencial corporifica o conjunto de direitos de cuja proteção dependem o atendimento e a concretização das necessidades

⁶⁴² KRELL, 2002, p. 52 et. seq.

⁶⁴³ Ibidem, loc. cit.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 53.

⁶⁴⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶⁴⁶ SARLET, 2011.

⁶⁴⁷ OLSEN, 2008.

básicas de um ser humano.⁶⁴⁸ Citado autor ressalta que, para parcela da doutrina, o referido construto dogmático conteria um conteúdo absoluto, aprioristicamente relacionado a uma fração de direitos arrimada, por exemplo, na autonomia individual e na saúde humana. De outra banda, alguns autores advogam que o conteúdo do mínimo existencial seria relativo, determinável apenas diante dos casos concretos e mediante ponderação.⁶⁴⁹

Daniel Sarmiento aponta que o mínimo existencial pressupõe duas dimensões, uma de ordem negativa, referente à vedação da prática de atos tendentes à subtração das condições indispensáveis para uma vida digna, e outra positiva, atinente a um conjunto essencial de direitos prestacionais a ser obrigatoriamente implementado pelo Estado. Além disso, o autor assevera que o mínimo existencial fundamenta-se, para certos estudiosos, em sua instrumentalidade à concretização da liberdade material e do princípio democrático, ao passo que outros entendem que o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos seria um fim em si mesmo.⁶⁵⁰

Ingo Wolfgang Sarlet diferencia, ainda, o mínimo existencial do mínimo vital, com o qual jamais poderia ser confundido. De acordo com o autor, aquele ultrapassaria a mera manutenção fisiológica do indivíduo, abarcando também as prestações socioculturais imprescindíveis à garantia de uma vida digna. Enfim, para Sarlet, todas as prestações positivas estatais necessárias para uma existência digna, em sua plenitude, sejam elas culturais, educacionais, sanitárias ou habitacionais, integrariam o mínimo existencial.⁶⁵¹

Finalmente, cabe minudenciar a terceira corrente de pensamento acerca da oponibilidade da reserva do possível à concretização dos direitos prestacionais. Perfilhada por autores como Daniel Sarmiento, Gustavo Amaral e Flávio Galdino, esta senda teórica propõe que a reserva do possível sempre seria oponível aos direitos fundamentais sociais, afetando, inclusive, em ocasiões extremas, o indigitado mínimo existencial. A adoção desse ponto de vista é justificada por Sarmiento nos seguintes termos:

Sem embargo, discordo daqueles que afirmam que o direito ao mínimo existencial é absoluto, não se sujeitando à reserva do possível. Infelizmente, em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. [...] Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma

⁶⁴⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 460.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 462.

⁶⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 577.

⁶⁵¹ SARLET, 2012, p. 328.

incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido.⁶⁵²

Cabe repisar, contudo, as diferentes concepções teóricas desses autores. Enquanto Galdino e Amaral concebem a reserva do possível como limite fático imanente às normas definidoras de direitos prestacionais, isto é, como a pressuposição realística que, desde o início, limita o desenho do âmbito de proteção de um direito fundamental, Sarmiento parte da teoria externa para compreendê-la como restrição exterior a essas normas, a ser sopesada diante do âmbito normativo dos direitos fundamentais, cuja existência, *prima facie*, dela não dependeria. A concordância de tais autores reside no fato de todos aceitarem a oponibilidade irrestrita da pretensa escassez de recursos à concretização dos direitos sociais, de modo direto e sem intermediações normativas, não imunizando, sequer, o citado mínimo existencial.

9.4 Síntese preliminar

Ao final deste capítulo, é possível enunciar uma breve síntese sobre a tratativa dispensada à reserva do possível pela doutrina pátria: a par das diferenças pontuadas, a generalidade dos autores constitucionalistas brasileiros a aceitar, tácita ou expressamente, a recepção desenraizada referida no capítulo anterior identifica o *topos*, tomado como proposição, com a dimensão do custo dos direitos, seja na delimitação interna do âmbito normativo dos direitos fundamentais, seja por meio de ponderação em face deles como condição da realidade. A reserva do possível é compreendida majoritariamente como um limite fático imediato, interno ou externo, a constranger diretamente, e sem intermediações jurídicas, o âmbito de proteção dos direitos prestacionais. No próximo capítulo, pretende-se demonstrar a ilegitimidade hermenêutica de tal entendimento, bem como sua incompatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual prescreve a máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e consagra o constitucionalismo democrático e social (art. 1º, *caput*).

⁶⁵² SARMENTO, 2008, p. 578-579.

10 A DESTRUIÇÃO CRÍTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A DESOBSTRUÇÃO DO DIÁLOGO APLICATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

É alcançada a culminância das reflexões propostas pela presente dissertação. A leitura do capítulo doravante apresentado há de pressupor todo o pano de fundo teórico explicitado nos tópicos iniciais deste trabalho, especialmente as premissas concernentes à ontofenomenologia heideggeriana e à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Nos parágrafos seguintes, perfilha-se a epítome das mostrações de sentido evocadas à fala com o reposicionamento fenomenológico da reserva do possível. A reconexão de suas pressuposições hermenêuticas à alteridade normativa concretamente alumiada desvela a ilegitimidade de sua impostura proposicional no diálogo aplicativo dos direitos fundamentais sociais, a determinar, como pináculo de sua destruição crítica, a desobstrução do processo de concretização dessas normas, em giro conducente ao alcance da máxima efetividade constitucionalmente determinada.

10.1 De tópos a elemento dogmático autônomo: a decaída proposicional da reserva do possível

Como apurado no capítulo concernente ao desenraizamento histórico da reserva do possível, o *topos*, alhures mencionado apenas como expressão relacionada à harmonização dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais sociais, entre si considerados, perdeu-se no falatório da escassez. Isto é, a reserva do possível, convertida em elemento dogmático pressupostamente portador de normatividade autônoma, despiu-se da primária relação-de-ser com o ente sobre o qual haveria de discorrer, qual seja, com os direitos fundamentais sociais.⁶⁵³ Decaída na difusão e repetição do discorrido, alçou espectros significativos cada vez mais distanciados da alteridade normativa inicialmente intencionada, assumindo feição incontestavelmente arbitrária e autoritária, e esvaziando-se no mal-entendido mediano. Em falta-de-solo habilmente articulada, postou-se como o já-entendido, segundo o qual as prestações positivas decorrentes dos direitos fundamentais sociais seriam muito custosas, afigurando-se seu atendimento pelo Estado, alegadamente perdulário, como algo excepcional, a se conter, por essa razão, nos estritos e definitivos lindes da execução da lei orçamentária aprovada, de jaez autorizativo.

⁶⁵³ Cf. HEIDEGGER, 2012, p. 479.

Com efeito, a apropriação da reserva do possível pela dogmática brasileira dos direitos fundamentais deu-se no cerne do modelo enunciativo da filosofia da consciência. Em um arremedo enviesado de como procedera a pandectística alemã em face do *Corpus Juris Civilis*⁶⁵⁴, a doutrina colheu o construto vocabular da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, dissociando-o de seu contexto hermenêutico e cunhando uma proposição que, vazia e bastante em si, apresenta-se como cartada hábil a determinar de modo irrefletido a inaplicabilidade das normas jurídicas às quais deveria se subordinar.

De projeção a ser refletida e testada perante o desvelamento do ser da coisa, a reserva do possível cerrou ilegitimamente as possibilidades de sua mostração, nivelando todo o dizer sobre a efetivação dos direitos fundamentais à ditadura impessoal dos custos. Reiterando a asserção heideggeriana, “o sem solo ser-dito e ser-transmitido acaba fazendo que o abrir se converta em um fechar, pois o dito é sempre entendido de imediato como “dizendo algo”, isto é, como descobridor.”⁶⁵⁵ Assim, “o falatório é sempre um fechamento a partir de si mesmo e conforme o próprio abandono”. No redemoinho do discurso neoliberal, a reserva do possível obsta o ser-compreensivo de projetar possibilidades próprias, arrastando-o “[...] para dentro da pretensão de tudo possuir e tudo alcançar”⁶⁵⁶, em face do imediato que, ignorando a alteridade normativa, precipita-se em afirmar que seria faticamente impossível ou, quando muito, e com grande resistência, judicialmente concretizável em casos extremos, afetos às demandas urgentes pelo direito à saúde.

Um dos aspectos mais problemáticos da reserva do possível remonta, pois, à tendência fortemente obstrutiva do pensar categorial no Direito. O modelo proposicional, ao situar no enunciado o habitáculo da verdade, impede sua mostração, precisamente porque fixa a pré-compreensão inicial como compreensão definitiva, impedindo sua reflexividade no horizonte descortinado pelo interpretado. O compreender, fenômeno dialógico, se perverte em monólogo no qual, desde a linha de partida, os direitos sociais são vistos como arduamente passíveis de concretização, mormente na seara judicial, a cujo espectro obstativo se alia a já referida má-compreensão acerca da suposta programaticidade dessas normas e da indiscutibilidade do orçamento legislativamente aprovado.

Não bastasse isso, a proposição desenraizada, para além de cerrar o diálogo mostrador da concretude dos direitos fundamentais sociais no horizonte hermenêutico do presente, se apresenta como elemento dogmático que, sem fundamento constitucional, afasta a incidência

⁶⁵⁴ BETANCOURT, Fernando. *Derecho romano clásico*. 3. ed. Sevilla: Editora Universidad de Sevilla, 2007, p. 133.

⁶⁵⁵ HEIDEGGER, 2012, p. 477.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 501.

normativa de tais preceitos. A pré-compreensão, que deve ser o ponto de partida provisório para o estabelecimento de um diálogo produtivo com a coisa, sobre ela se impõe, degenerando o círculo hermenêutico em vicioso. Isso ocorre justamente porque não se permite refutar, uma vez que vazia em seu perdimento categorial no falatório utensiliar. Como um para-quê, é instrumentada à lógica produtiva da maximização de lucros e do crescimento econômico insustentável.

A afronta ao princípio democrático operada nesses termos é indubitável, dado o dever constitucional, anteriormente assentado, da reflexividade das pré-compreensões do intérprete.⁶⁵⁷ Se a reserva do possível impede tal reflexividade, considerada sua configuração proposicional desenraizada, há de ser extirpada do processo aplicativo dos direitos fundamentais sociais, desobstruindo o caminho para que eles se mostrem a cada vez na interação com a tradição histórico-linguística evocada à fala nos casos decididos, em permanente devir.

10.2 A reserva do possível como erística ilegítimamente dominadora e a inconstitucionalidade da lida utensiliar com os direitos fundamentais sociais

Outro aspecto a ser emergido à fala no desiderato crítico-destrutivo da reserva do possível corresponde à lida utensiliar por ela instaurada no processo de aplicação dos direitos fundamentais sociais. Como proposição desenraizada, a reserva do possível inflige o modo da ocupação à mirada do intérprete sobre essas normas, afastando a compreensão como cuidado, cujo realizar-se autêntico somente é possível no modo da preocupação antepositiva, que franqueia que o ser do interpretado reivindique sua alteridade. A tratativa dos direitos fundamentais sociais assume postura subordinada e instrumental diante da produção econômica e da maximização de riquezas, ancoradas no tripé neoliberal. O cumprimento de superávits primários rigorosos, destinados ao pagamento dos usurários juros da dívida, determina que os gastos estatais se contenham nos limites mínimos ditados por tal espécie de economicismo, convertendo os direitos de segunda dimensão em direitos de segunda classe, ou, dito de modo mais apropriado, em não-direitos, ante sua instrumentalidade, e conseqüente derrotabilidade, em face do econômico.

Destarte, por meio da reserva do possível, o discurso econômico se apresenta na argumentação jurídica como o Mesmo que subjuga o Outro a seus intentos de dominação,

⁶⁵⁷ Cf. Capítulo 3, item 3.4.1, desta dissertação.

impedindo a auscultação daquilo que tem a dizer, ante a negativa do mirar face a face, que, de um pedestal artificioso, obsta que a infinitude do rosto comunique sua alteridade, tal qual preconizaria a ética levinasiana. O manejo retórico da reserva do possível opera-se como erística: do alto de seus discursos especializados, supostamente impassíveis de compreensão e conseguinte refutação racional pelo intérprete jurídico, os economistas neoliberais, assim como os juristas que os invocam, pretendem a dominação do orçamento estatal pelos interesses que defendem, com fulcro na imunização de seus arrazoados ao debate processual.

A apresentação da reserva do possível como um construto científico asséptico, calcado em uma razão econômica atrelada ao modelo de verdade da filosofia da consciência, veicula a ilegítima pré-compreensão segundo a qual, porque juízo empírico firmado em um padrão positivista de demonstração científica, estaria insuscetível de afastamento, pois, contra fatos cientificamente “comprovados”, inexistiriam argumentos. Sobre o emprego da erística como violência discursiva, que embaraça o acontecer da compreensão juridicamente adequada, leciona Maria Helena Megale:

No plano da filosofia levinasiana, despreza-se a retórica quando ela se apresenta como forma violenta de discurso. Atesta-se a violência, isto é, a injustiça do discurso quando este se dá de forma oblíqua, sem o enfrentamento do outro. [...] A retórica nesse sentido, melhor dizendo, a erística consiste em injustiça necessitada, muitas vezes, de chamar a seu auxílio a Psicologia, a Neurociência, a Demagogia, a Pedagogia e outros para levar o auditório ao erro e para explorá-lo, como mostra Lévinas.⁶⁵⁸

A subserviência utensiliar do jurídico ao econômico, constatada no emprego da reserva do possível como motivo suficiente à ausência de concretização dos direitos fundamentais sociais, desvela a degeneração do Estado Ético no Estado Poiético, cuja razão abandona a dignidade da pessoa humana, núcleo do Estado Democrático e Social de Direito, subordinando-a *in totum* aos interesses do capital. Nesse sentido, há que se conferir as lições de Joaquim Carlos Salgado:

Com isso, o elemento central e essencial do Estado de Direito é postergado, pois o jurídico, o político e o social são submetidos ao econômico. O Estado poiético não tem em mira a "produção social". Entra em conflito com a finalidade ética do Estado de Direito, abandonando sua tarefa de realizar os direitos sociais (saúde, educação, trabalho), violando os direitos adquiridos, implantando a insegurança jurídica pela manipulação sofisticada dos conceitos jurídicos através mesmo de juristas com ideologia política serviente, exercendo o poder em nome de uma facção econômico-financeira. O Poder aparece aí, contraditoriamente, como seu fim, pois que é sua tarefa primeira manter-se no poder e preservá-lo, e ao mesmo tempo como meio para realizar o objetivo técnico-financeiro de uma facção da sociedade civil. Não é

⁶⁵⁸ MEGALE, 2013, p. 24.

mais o político que toma decisões fundamentais. No Brasil, isso ocorre de modo mais grave. O político (que tem a dimensão do ético), o jurídico e o social entram em choque com o técnico de dimensão econômica divorciada da dimensão ética do social.⁶⁵⁹

Ora, a instrumentalização desenraizada da reserva do possível pelo pensamento constitucional brasileiro é exemplo lapidar da manipulação sofisticada de conceitos jurídicos que, obra por juristas com ideologia política serviente ao neoliberalismo, tem em vista a perpetuação do comando do orçamento público pela poderosa facção econômico-financeira que se abebera de seus juro, a par de cotizá-lo por intermédio de tenebrosas transações, travadas nos moldes da corrupção historicamente sedimentada na prática política brasileira.⁶⁶⁰

Expressa, ademais, o modo de dominação por excelência da contemporaneidade, já retratado por Max Weber, a saber, a dominação técnica, exercida pelos “especialistas sem coração”⁶⁶¹, a formarem uma tecnocracia que, alinhada ao capitalismo financeiro internacional, verbera pretensos receituários científicos, a ditarem que a mínima antevisão de déficit público conduziria, inexoravelmente, à debacle do Estado. Com seu discurso alarmista, fazem imperar o preconceito ilegítimo de que haveria apenas uma possibilidade antes as crises econômicas das quais se retroalimenta o capitalismo: a privação de eficácia jurídica e social das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, como sói ocorrer por intermédio da absolutamente inconstitucional Emenda à Constituição nº 95/2016, cujo teor viola frontalmente o art. 60, § 4º, IV, cláusula pétrea da Constituição da República, da qual se deduz o princípio da vedação do retrocesso social.

Em verdade, como será retomado adiante, o principal laivo de ilegitimidade hermenêutica da conceitualidade neoliberal versa sobre o pretense caráter exato das Ciências Econômicas, cujas determinações se cingiriam ao credo professado pelos adeptos da mencionada escola. Ao revés, a Economia compõe as Ciências Humanas e, em sua compreensão adequada, só pode ser entendida como Economia Política, composta por variegadas correntes de pensamento, como o keynesianismo e o pós-keynesianismo, a divergirem profundamente do pensamento neoliberal, especialmente no que toca ao regime fiscal e ao papel do Estado relativamente ao desenvolvimento econômico e à promoção do bem-estar.

A lógica utensiliar na qual se estrutura a reserva do possível, à qual subjaz a dominação técnica antes aludida, assim como o discurso inautêntico e a manipulação erística,

⁶⁵⁹ SALGADO, 1998, p. 43.

⁶⁶⁰ AVRITZER, 2016, p. 60 et. seq.

⁶⁶¹ WEBER, 2004, p. 166.

subtraem do intérprete jurídico aspectos indissociáveis da compreensão adequada ao Direito, a saber, a atitude crítica e a intencionalidade normativa. A esse respeito, pontifica Maria Helena Megale, com esteio na fenomenologia de Edmund Husserl:

Daí o fato de Husserl não admitir um operar meramente técnico da consciência a partir da realidade, que jamais é tomada como algo dado, isto é, constituído fora da subjetividade. Ao contrário, as verdades das ciências e da técnica são ignoradas como fatores estranhos à consciência, até que esta as examine. Esta, sendo doadora de sentido, não aceita objetividades anteriormente constituídas. Apenas a consciência é fornecedora de dados, na intencionalidade, que dá sentido.⁶⁶²

Deveras, o tecnicismo empunhado pelos corifeus da reserva do possível, ao instrumentalizar os direitos fundamentais sociais ao domínio econômico neoliberal, conduz à forma mais deletéria de negação da dignidade humana, por meio da qual o homem passa a lidar com seu ser como se ente subsistente fosse, sendo assenhoreado pelos campos de uso da técnica que manipula e convertendo-se em produto. Martin Heidegger já prenunciava os perigos do domínio da técnica:

Ao mesmo tempo, o descobrimento, segundo o qual a natureza se apresenta como um contexto efetivo e calculável de forças, pode, certamente, permitir asseverações corretas, mas justamente por meio deste resultado pode permanecer o perigo de em todo o correto se retrair o verdadeiro. O destino do desabrigar não é em si qualquer perigo, mas é o perigo. E se o destino impera no modo da armação, então ele é o maior perigo. O perigo se anuncia a partir de duas direções. Tão logo o que estiver descoberto não mais interessar ao homem como objeto, mas exclusivamente como subsistência, e o homem no seio da falta de objeto apenas for aquele que requer a subsistência, – o homem caminhará na margem mais externa do precipício, a saber, caminhará para o lugar onde ele mesmo deverá apenas ser mais tomado como subsistência. Entretanto, justamente este homem ameaçado se arroga como a figura do dominador da terra. Desse modo, amplia-se a ilusão de que tudo o que vem ao encontro subsiste somente na medida em que é algo feito pelo homem. Esta ilusão torna madura uma última aparência enganadora. Segundo esta aparência, parece que o homem em todos os lugares somente encontra mais a si mesmo. Heisenberg apontou com toda razão para o fato de que, para o homem de hoje, a realidade deve se apresentar desse modo mesmo. Entretanto, o homem de hoje, na verdade, justamente não encontra mais a si mesmo, isto é, não encontra mais sua essência. O homem está tão decididamente preso à comitiva do desafiar da armação, que não a assume como uma responsabilidade, não mais dá conta de ser ele mesmo alguém solicitado e, assim também, não atende de modo algum ao fato de que, a partir de sua essência, ele ek-siste no âmbito de um apelo e que, por isso, nunca pode ir somente ao encontro de si mesmo.⁶⁶³

Assim, para que o Estado Social e Democrático de Direito brasileiro não atinja a margem mais externa do precipício, é forçosa a desobstrução do processo de concretização

⁶⁶² MEGALE, 2007, p. 33.

⁶⁶³ HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*. Traduzido do original em alemão por Marco Aurélio Werle. In: *Scientiae Studia*, São Paulo, 2007, v.5, n. 3, p. 375-398.

dos direitos fundamentais sociais, possibilitando a formulação das perguntas adequadas à normatividade, a cada vez reclamadas para que se obtenha uma decisão jurídica justa, entendida, com escólio nas lições de Maria Helena Megale, como o discurso que se desvela com força de resposta, forte em sua concepção de Direito como obra, tese à qual este trabalho presta adesão:

Mas, para que o discurso jurídico se apresente como obra, não é suficiente a constatação do conhecimento do tema nele versado, é exigido a ele que realmente se preste como obra, ou seja, tenha força de resposta para a questão que reclamou por justiça. E a resposta só manterá sua força de resposta enquanto permanecer fundada no questionamento.⁶⁶⁴

Destarte, para que a concretização dos direitos fundamentais sociais se imbua de força de resposta, é curial a manutenção de sua relação originária com a alteridade normativa constitucional, assim como sua reflexividade dialógica diante da situação hermenêutica a envolver o caso presente. Sobretudo, há que se fundar a aplicação jurídica no questionamento dirigido à outridade, em campo existencial desobstruído de enunciados erísticos e inautênticos, como se apresenta a reserva do possível. Não será a lógica utensiliar, tampouco a técnica econômica, mas a atualização da força de resposta da normatividade a partir do próprio intérprete, burilada em nobreza e beleza capazes de distinguir a justiça, o bem, a paz e, acima de tudo, a existência digna para todos, conforme o projeto da Constituição da República, que cumprirá tal desiderato. Desta feita, propugna Megale:

O intérprete que tem conhecimento da matéria versada no texto que interpreta está apto a atualizar a força de resposta do discurso, imprescindível à realização da justiça, desde que se torne nobre e belo interiormente, e que todos seus bens exteriores estejam em amigável harmonia com o que é interior. O calar e o falar do texto no jogo dialógico dependerão sensivelmente deste atualizador. Só terá força de resposta diante da interpelação do auditório ou do intérprete aquele discurso nascido na alma de quem é capaz de distinguir a justiça, o bem, a paz, e, antes, o sujeito desses valores. Só o discurso assim descrito poderá ser tomado como obra. Ele traduzirá a coerência do agir com a consciência, mostrará a diferença entre uma imagem onírica e a idéia de justiça, revelará que o importante na retórica é a persuasão justa. **Assim, o discurso será “a prole autêntica do orador”, capaz de fazer descendência no auditório, ou seja, naquele que o tentar compreender, que, compreendendo, será seu descendente e herdeiro de igual reconhecimento.**⁶⁶⁵

Noutras palavras, a hermenêutica jurídica do Estado Social e Democrático de Direito há que ser a hermenêutica da dignidade humana, na qual o discurso se apresente sempre

⁶⁶⁴ MEGALE, 2008, p. 358.

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 359.

enraizado no solo compartilhado da tradição e plasmado na autenticidade dialógica dos intérpretes, de modo que nos outrora destinatários das decisões jurídicas fulgure a dignidade de descendentes e herdeiros do provimento que os reconhece com igual respeito e consideração.

10.3 A ilegitimidade das pré-compreensões ocultadas pela reserva do possível

Em continuidade ao projeto crítico-destrutivo encampado por este trabalho, calha revolver os preconceitos escamoteados sob a reserva do possível, especialmente no que toca aos pressupostos aspectos econômicos dos direitos fundamentais sociais. A devolução de plasticidade e a conseqüente reabertura dialógica do processo de concretização impescindem de tal lavratura, a ser compendiada a seguir.

A primeira pressuposição hermenêutica a ser contraditada concerne à espécie de escassez ordinariamente incidente sobre os recursos públicos destinados ao atendimento dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, o traçado nivelador da reserva do possível reporta-se ao parlatório consoante o qual, em respeito ao atendimento de prestações positivas pelo Estado, incidiria uma escassez de jaez incontornável. Não seria possível, portanto, contemplar todas as demandas concretamente mostradas no cerne do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, isto é, como aquilo que se desvela, na atualidade hermenêutica da *applicatio*, a atuação própria à satisfação de um direito fundamental, aí não incluído o *facere* meramente correlato ou acidental, assim entendido, igualmente, o intercambiável que concretiza em igual dignidade uma norma jusfundamental.

Para a testagem dessa pré-compreensão ante o luzir da alteridade normativo-estruturada, é mister acorrer ao escólio da tratativa econômica da escassez, aqui reportada ao pensamento do filósofo econômico Jon Elster. Em sua obra “*Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*”, Elster propõe uma classificação quadripartida do fenômeno da escassez, a qual corresponderia não apenas às discrepantes intensidades da concretude aplicativa do conceito, senão também à natureza multifacetária e heterogênea que ele conteria. Nesse diapasão, o autor esboça a diferenciação entre escassez natural severa, escassez natural suave, escassez quase-natural e escassez artificial.⁶⁶⁶

A escassez natural severa se mostra quando inexiste medida capaz de aumentar a oferta de um determinado bem. Assim, a título exemplificativo, pode-se aludir às obras de

⁶⁶⁶ ELSTER, Jon. *Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. New York: Cambridge University Press, 1992, p. 21.

arte originais de Michelangelo. De outra parte, a escassez natural suave tem ensejo na hipótese em que nada possa ser feito com o escopo de aumentar a oferta a ponto de atender a todos. Como exemplo, cite-se a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante. Já a escassez quase-natural se verifica quando a oferta pode ser incrementada quiçá em aproximação à satisfação integral das demandas, por intermédio de condutas livres dos cidadãos. A esse respeito, invoque-se o caso da oferta de espermatozoides para inseminação artificial.⁶⁶⁷

No entanto, a espécie mais significativa do *genus* da escassez elucidado por Elster, a qual compõe o núcleo de sua tese sobre a alocação de recursos orçamentários, consiste na escassez artificial. Essa ocorre nos casos em que o Estado pode, se assim deliberar, tornar o bem da vida acessível a todos os demandantes, a ponto da plena satisfação. Nesse passo, Elster alude ao exemplo da oferta de vagas em jardins de infância.⁶⁶⁸

Conforme testifica Elster, na maioria das vezes, o problema dos recursos financeiros disponíveis para a concretização das normas definidoras de direitos sociais desvela-se como escassez artificial.⁶⁶⁹ Noutros dizeres, a escassez observada no que pertine aos direitos fundamentais sociais é a resultante de uma decisão política que direcionou os recursos públicos para o atendimento de outros pleitos. Ao contrário do que o já-dito pelo agente do falatório neoliberal impõe como verdade incontestável, de ordinário e no mais das vezes, os recursos públicos disponíveis seriam capazes de contemplar o conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos. Assim, a excepcionalidade reside na impossibilidade de satisfação, e não no implemento da plena concretização. Segundo observa Olsen, a despeito do equívoco dessa autora no que respeita à sua aceitação da reserva do possível como condição da realidade sujeita ao sopesamento alexyano, a prova da artificialidade da escassez que acometeria os direitos fundamentais sociais assenta-se no fato de que, quando reiteradas decisões judiciais determinam o fornecimento de um medicamento, o Estado se organiza para instituir dotação orçamentária suficiente a disponibilizá-lo na lista de medicamentos de fornecimento gratuito do SUS.⁶⁷⁰

A gravidade da assunção dessa pré-compreensão ilegítima, que sustenta a incontrovertibilidade da escassez natural ou quase natural dos direitos fundamentais sociais, é tamanha a ponto de, assombrosamente, conduzir magistrados à negativa de medicamentos de alto custo para doenças raras, sob a escusa proposicional da reserva do possível. Ora, tão mais

⁶⁶⁷ ELSTER, 1992, p. 20-26.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 21.

⁶⁶⁹ Ibidem, p. 28.

⁶⁷⁰ OLSEN, 2008, p. 193.

evidente a questão se mostra nesses casos. Se a doença é rara, ainda que o medicamento importe em um custo de cinquenta, cem ou duzentos mil reais mensais para o Estado, certa é a possibilidade de seu atendimento, porquanto poucos serão os necessitados. Nem se objete o argumento alusivo aos municípios de pequeno porte. A solidariedade das obrigações constitucionais jusfundamentais e a aplicação do princípio constitucional federativo hão de nortear os julgadores para o equacionamento das responsabilidades pelo custeio, observado o princípio da atribuição federativa subsidiária, consagrada na máxima “do ente federado menor para o ente federado maior, ante a impossibilidade daquele”, em círculos concêntricos que se fecham na União.

Outra pré-compreensão desdita no desvelamento do ser dos direitos fundamentais sociais, correlata à anterior, corresponde à inadmissível equivalência entre escassez e dotação orçamentária. A ausência de dotação para o atendimento de uma prestação positiva não significa a impossibilidade de seu atendimento, porquanto a lei orçamentária, subordinada à Constituição, há de espelhar a escala de prioridades expressa no projeto dirigista fundamental. Noutras palavras: tanto o plano plurianual, como a lei de diretrizes orçamentárias, quanto a lei orçamentária anual sujeitam-se ao controle jurisdicional das decisões diretivas e alocativas neles contempladas.

A lei orçamentária não pode se sobrepor à Constituição. Tampouco a lei de responsabilidade fiscal, cuja criteriosa filtragem constitucional se faz premente, na medida em que vários de seus dispositivos, alinhados ao projeto neoliberal que matizou sua elaboração, afrontam desenganadamente o texto constitucional. Entrementes, tal questão não será aqui abordada, uma vez que, por sua complexidade, ensejaria um novo trabalho.

Decerto, é imperioso fixar que as funções legislativa, administrativa e de governo, tanto quanto a função jurisdicional, consubstanciam concretização da Constituição da República. Todas as decisões do Estado sujeitam-se à conformidade com o projeto transformador de sociedade constitucionalmente estabelecido. Logo, somente impropriamente pode se cogitar de discricionariedade administrativa no planejamento, execução e fiscalização de políticas públicas. Como já se salientou, com espeque no pensamento de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷¹ e Juarez Freitas, a discricionariedade administrativa é tendente a zero⁶⁷², mormente à luz do paradigma hermenêutico e da concepção do Direito como obra. A mostração de sentido singular da Constituição, na atualidade hermenêutica da

⁶⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36 et. seq.

⁶⁷² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007, passim.

fusão horizontal culminada no presente, reluz como a resposta adequada e justa a ser tomada pelo legislador, administrador e magistrado em suas esferas decisórias.

A teoria da discricionariedade administrativa ainda se escora na tese kelseniana da moldura da norma, legatária de um conceito normativo semântico, proposicionalmente afiliado à filosofia da consciência. Para além de sua inadequação hermenêutica, no Estado Democrático de Direito não há espaço para algo como o voluntarismo do administrador público, que supostamente poderia escolher o direcionamento dos recursos públicos ao arropio da Constituição. Desta feita, no processo de concretização judicial de um direito fundamental, ao apurar a delimitação concreta do conteúdo essencial desvelado no diálogo hermenêutico, à luz dos elementos de concretização aduzidos por Müller e por Häberle, o julgador deve se debruçar sobre o orçamento público, a fim de pôr à prova as pré-compreensões normativas ventiladas pela Administração sobre a impossibilidade de atendimento de uma demanda. Se recursos públicos foram alocados para a construção de estádios de futebol, ou, pior, para a aberrante propaganda governamental, não há justificativa plausível para a negativa de um direito fundamental social. Reporta-se, no particular, à teoria da gradação de demandas pensada por Melquíades⁶⁷³ e ao pensamento das prioridades constitucionais vinculantes de Juarez Freitas⁶⁷⁴.

Cabe interpelar, ainda, as pré-compreensões neoliberais relacionadas à suposta incompatibilidade entre o Estado de bem-estar social e o desenvolvimento econômico, e ao caráter deletério dos déficits públicos. Deveras, o pensamento neoliberal defende a existência de um Estado mínimo na seara econômica e social, porém forte na garantia da propriedade privada, dos direitos individuais liberais clássicos e na opressão aos movimentos sindicais e às lutas sociais. No plano teórico, respalda suas asserções na teoria das escolhas racionais, consoante a qual, em um ambiente de livre mercado, a economia tende ao equilíbrio perfeito, distribuindo adequadamente os recursos escassos.⁶⁷⁵

Assim, toda atuação estatal nos domínios econômico e social seria prejudicial, porque rompedora com a previsibilidade e a confiança das relações econômicas. Ao Estado incumbiria, portanto, atuar no controle monetarista da inflação e ajustar seus gastos ao

⁶⁷³ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; MENDES, Vicente de Paula. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre os atos administrativos referentes às políticas públicas de saúde: uma proposta para a dogmática do direito social à saúde*. 2009. 379 f., enc. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

⁶⁷⁴ FREITAS, Juarez. *O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes*. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26.

⁶⁷⁵ AVELÃS NUNES, Antônio José. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 593.

mínimo necessário, a fim de criar um ambiente de confiança para os investidores, capaz de, *per se*, gerar desenvolvimento econômico. A existência de taxas naturais de desemprego e a tolerância à desigualdade social seriam consectários do princípio da meritocracia e da preservação da liberdade. O implemento da igualdade social pelo Estado conduziria à aniquilação da liberdade, como teria se passado em relação aos regimes políticos totalitários. A empregabilidade dos indivíduos e seu maior ou menor poderio econômico seriam as resultantes das escolhas e dos esforços individuais.⁶⁷⁶

Nada obstante, ao contrário da crença que os tecnocratas neoliberais brasileiros, bem como seus sequazes na grande mídia, tentam infundir no já-entendido, porém incompreendido, do nivelamento parlatorial, a economia não é Ciência Exata, e nem é a corrente neoliberal a única e incontrovertida expressão de seus postulados. O pensamento keynesiano e pós-keynesiano mostra que o livre mercado é incapaz de gerar desenvolvimento econômico sustentável. Ademais, caso desregrado, conduz a níveis exorbitantes de desemprego e desigualdade social, dos quais resultam, ao contrário do que propugnavam os neoliberais, o travamento do crescimento econômico. Noutras palavras: longe de configurarem variáveis antinômicas, políticas de igualdade social e desenvolvimento econômico se complementam.⁶⁷⁷

Se o perfil de distribuição de renda é concentrador, não há consumo, o que obsta o escoamento da produção e, por conseguinte, o crescimento. Ademais, o bem-estar coletivo conduz ao aperfeiçoamento dos recursos humanos, com a otimização de sua eficiência produtiva, redundando, em médio e longo prazo, no desenvolvimento.⁶⁷⁸ A título exemplificativo, veja-se o caso de países como a Coreia do Sul, que ancorou seu crescimento em uma forte política de investimento educacional. Como contraexemplo, cite-se a crise econômica mundial de 2008, até hoje insuperada, a ressaltar a impropriedade de se legar às forças especulativas de mercado o controle da economia.

Por fim, déficits públicos nem sempre são indesejados, atuando contraciclicamente durante as crises e induzindo a retomada do crescimento econômico. O desenvolvimento econômico exige investimento público massivo, o que pode resultar, em determinado lapso temporal, na causação de déficits. Nem se diga que a crise atualmente vivenciada pelo Brasil seria decorrente da aplicação de um modelo nacional-desenvolvimentista. Pelo contrário, aliada à conjuntura econômica mundial profundamente adversa, a crise resultou de escolhas

⁶⁷⁶ AVELÃS NUNES, 2007, p. 595.

⁶⁷⁷ BOURGUIGNON, François. *The globalization of inequality*. Tradução de Thomas Scott-Railton. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2015, passim.

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

absolutamente equivocadas e dissonantes da matriz desenvolvimentista, como a concessão de vultosas desonerações fiscais ao empresariado. Acreditou-se que daí derivaria o investimento produtivo pelo capital, quando consabido que, em um país de elevadas taxas de juros, aquele tende a depositar seus excedentes na esfera especulativa, e não no incremento da produção. O caminho contracíclico correto haveria, portanto, de ter sido o investimento público direto, aliado à paulatina redução da taxa de juros. Para agravar a situação, teve ensejo uma desarrazoada guinada neoliberal a partir de 2015, responsável pela atual exacerbação do contexto crítico referenciado.⁶⁷⁹

As breves reflexões acima esposadas, sem qualquer pretensão de exaurimento da matéria, cujo traçado escapa ao âmbito do presente trabalho, servem apenas ao propósito de mostrar que o econômico não ostenta estatuto “científico” superior ao jurídico, sendo controvertido em seu cerne. Destarte, o debate econômico enseja posicionamentos prenhes de conteúdo ideologicamente divergente, e nunca construtos racionais assépticos a serem adotados acriticamente como receituários. De mais a mais, a hermenêutica filosófica já desvelou a impropriedade dos paradigmas modernos de ciência e de verdade, conclusões que atingem, em igual medida, a Ciência Econômica.

Como observa Eros Roberto Grau, o mercado não preexiste ao Direito, ele é, em si mesmo, uma construção jurídica.⁶⁸⁰ As decisões de política econômica estatal, assim como todas as deliberações políticas, devem seguir a ideologia constitucionalmente adotada, segundo a tese propugnada por Washington Peluso Albino de Souza.⁶⁸¹ E, segundo a vigente Constituição, esse modelo é o capitalismo de bem-estar social, cuja produção econômica é subordinada em face da finalidade maior e insuplantável consistente na promoção de uma existência digna para todos, a qual, segundo os arts. 3º e 170 da Constituição, deve se pautar pela erradicação da pobreza e pela redução das desigualdades sociais e regionais, com a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, a teor de seu art. 5º, § 1º, c/c art. 6º da CRFB/1988.

⁶⁷⁹ CARVALHO, Laura Barbosa. *Ajustar para crescer?* In: BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; BASTOS, Pedro Paulo Zahluth (Orgs.). *Austeridade para quem? Balanços e perspectivas do governo Dilma Rousseff*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung, 2015.

⁶⁸⁰ GRAU, 2010, *passim*.

⁶⁸¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Ltr, 2005.

10.4 Da força normativa do fático à exceção: a inconstitucionalidade da reserva do possível

As considerações de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, com suas implicações sobre os limites da interpretação constitucionalmente adequada e a relação entre o ordenamento jurídico fundamental e a realidade, servirão de suporte à justificação da inoponibilidade da reserva do possível às normas definidoras de direitos fundamentais sociais.⁶⁸² Aludido *topos*, tomado pela doutrina pátria como elemento dogmático desenraizado, por desbordar dos limites compreensivos desses dispositivos, contrariando seu espectro significativo, caracteriza ruptura inconstitucional em favor dos fatores reais de poder, a empunharem o discurso da escassez. O real somente é apreensível pela Constituição nos limites de seu preceituado, afigurando-se a contraposição autônoma de uma condição da realidade a um direito fundamental verdadeira aniquilação da força normativa constitucional, que cede frente a uma pretensa e contraditória força normativa do fático.

Em “A Força Normativa da Constituição”, Konrad Hesse combate a tese de Ferdinand Lassalle, consoante a qual a Constituição jurídica seria uma mera folha de papel, isto é, singelo reflexo dos fatores reais de poder, inábil a ordenar a realidade político-sociológica, que sobre ela se imporia irrefragavelmente. Com efeito, na obra “A essência da constituição”, Lassalle aduz que a única possibilidade de subsistência de uma Constituição formal seria a sua exata identificação com a realidade política traçada pelos fatores reais de poder.⁶⁸³ Nessa ordem de ideias, o Direito Constitucional abandonaria seu estatuto teórico de ciência normativa, tornando-se uma mera ciência do ser (no sentido puramente sociológico), incumbida da inglória missão de retratar o mais perfeitamente possível a situação dos núcleos de poder dominantes em uma sociedade.

Entretanto, Hesse advoga que a Constituição jurídica detém incontestável poder normativo, sendo, para além de reflexo de uma conjugação ocasional de forças políticas, elemento capaz de ordenar e modificar essa mesma conjuntura. À luz de tais considerações, investiga quais os limites e possibilidades da força normativa da Constituição, é dizer, sob

⁶⁸² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁸³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução e prefácio de Aurélio Wander Barros. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

quais pressupostos pode-se pensar em uma Constituição apta a regular a vida política e social de um Estado.⁶⁸⁴

Nesse desiderato, o autor sustenta que ser e dever-ser não podem conviver com uma separação abissal. Uma Constituição que se pretenda normativamente eficaz deve guardar mínima correspondência (e não identidade) com as ideias e valores reinantes em uma sociedade. Por outro lado, deve abarcar, ainda, os projetos existenciais contrários, qual seja, o pluralismo. Ademais, suas disposições necessitam de construção suficientemente aberta, que lhe franqueiem amoldar-se às modificações do futuro, preservando seu tônus normativo.

O principal elemento garantidor da normatividade constitucional seria, porém, a denominada “vontade de Constituição”, corporificada em um propósito compartilhado pela consciência coletiva que, fulcrado em um consenso sobre o valor de uma ordem normativa inquebrantável, está a exigir concretização e respeito diuturnos de toda a coletividade. Destarte, atendidas aquelas pressuposições, os indivíduos e grupos políticos e econômicos preferirão abdicar de certos interesses e desígnios circunstanciais a verem violada a norma constitucional, fato a suplantar a outrora propalada primazia do jogo político que, com a Constituição normativa, guarda uma relação dialógica, porém com a supremacia normativa, e não impositiva e irrefreável de parte dos fatores de poder, distintamente do que propugnou Ferdinand Lassalle.

Para que haja “vontade de Constituição”, contudo, é imperiosa a observância permanente de suas condicionantes. Os mecanismos de revisão constitucional devem ser empregados com parcimônia, prevenindo-se a semeadura da ideia equivocada e debilitante conforme a qual as exigências de índole fática sobrepunham a supremacia constitucional. De outra banda, a interpretação constitucional não mais poderia ocorrer por intermédio do tradicional esquema axiomático-subsuntivo. As normas constitucionais hão de ser interpretadas de maneira construtiva, em um processo metódico estruturante de concretização, que conjugue os limites de sentido da textualidade com as exigências atuais da realidade social subjacente, as quais, porém, apenas poderão ser apreendidas naqueles lindes.⁶⁸⁵

Por fim, tem-se que a Constituição deve dialogar com a consciência geral de uma sociedade, ou, em enraizamento hermenêutico das premissas do autor, com a tradição, na qual já se acharia desde o princípio imersa. Seus membros devem vislumbrar o açambarcamento dos projetos existenciais por eles abraçados na ordenança constituinte, cuja abertura e

⁶⁸⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, passim.

pluralismo demandarão constante atividade concretizadora de todos, de sorte a, *pari passu* à realização das ideias ali traçadas, incrementar a vontade de ver cumprida a Constituição, assegurando sua normatividade e prevenindo seu amesquinamento frente às imposições oportunistas dos fatos.⁶⁸⁶

Hesse compreende a Constituição como destinada à persecução da unidade política do Estado, correspondente a uma unidade funcional, respeitante à fixação de um acordo vinculante acerca dos objetivos da comunidade política e à assunção do compromisso inderrogável de persegui-los coordenadamente. Trata-se de preservar a integridade estatal ante os conflitos de poder existentes no seio da comunidade, obstando a desintegração desta última.

A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, exigiria, portanto, suficiente abertura para o acompanhamento das mudanças históricas conducentes à evolução de uma sociedade, porém imprescindiria de pujante vinculatidade que preserve o núcleo da tradição acreditada, expressos nos fundamentos da ordem da comunidade, em face das contingências oportunistas, conforme expõe Hesse:

Não devem restar indeterminados os fundamentos da ordem da Comunidade. Ao estabelecer-se, com caráter vinculante, tanto os princípios que regem a formação da unidade política e a fixação das tarefas estatais, quanto as bases do conjunto do ordenamento jurídico, tais fundamentos devem ficar subtraídos à luta constante dos grupos e tendências, criando-se um núcleo estável do que já não se discute, que não é discutível e, por isso mesmo, não precisa de novo acordo e nova decisão. A Constituição pretende criar um núcleo estável daquilo que deve considerar-se decidido, estabilizado e distendido.⁶⁸⁷

O efeito estabilizador e racionalizador do processo de formação da unidade política, da atuação do Estado e da conformação da vida da comunidade corporificaria a peculiaridade da Constituição. Este, ademais, traduziria o pressuposto inarredável do respeito à normatividade constitucional, que há prevalecer diante de qualquer outra razão. A contrariedade ou a privação de eficácia de uma norma constitucional é cabalmente defesa, mesmo diante dos mais benfazejos propósitos, ou da mais impositiva realidade. Tudo quanto assim se manifeste importará em ruptura com a ordem constitucional, razão puramente fática, e não jurídica, a instaurar perigosa situação de exceção. Nesse sentido, adverte Konrad Hesse:

Esta intenção fracassa quando se deixa de considerar a Constituição escrita como estritamente vinculante. Quando o juiz e, com o mesmo direito, o político ou

⁶⁸⁶ HESSE, 2009, *passim*.

⁶⁸⁷ HESSE, 2009, p. 156.

qualquer outro – hoje, não raro, a partir de um mal compreendido repúdio da concepção positivista do Direito – acreditam poder impor-se à Constituição escrita, é possível que as soluções obtidas dessa forma sejam, em alguns casos, mais adequadas do que as alcançadas com uma interpretação mais literal do texto da Constituição. Com isso, no entanto, fica aberto o caminho para que se deixe de lado a Constituição com a simples invocação de qualquer interesse aparentemente mais elevado, mas cuja superioridade, com toda a certeza, será posta em questão. A idéia básica da Constituição escrita vê-se, então, substituída por uma situação de insegurança criada pela luta constante de forças e opiniões que, em sua argumentação, não dispõem de uma base comum de referência.⁶⁸⁸

Ao dissertar sobre os limites da interpretação constitucional, Hesse anota que estes se enquadram precisamente nas possibilidades compreensivas desveladas a partir do texto normativo, em mostração na tradição linguisticamente atualizada. É dizer, inadmite-se uma solução interpretativa que extrapole as possibilidades de mostração daí dimanadas. Mesmo o Direito Constitucional não escrito não poderá pressupor-se em contrariedade com o desocultamento da Constituição escrita. A dogmática constitucional encontra, assim, um limite inultrapassável na normatividade concreta da Constituição, o qual é pressuposto das funções racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder antes delineada.

O pensamento tópico-problemático mira-se, sob esta ótica, cingido ao constitucionalmente fundamentável.⁶⁸⁹ A *ars inveniendi* termina onde findam as possibilidades compreensivas da normatividade constitucional. A intercambialidade dos *topoi*, em um jogo de suscitações pensado a partir do problema, com o enfrentamento de razões antagônicas tendo em vista a obtenção de uma decisão acerca de uma aporia, rende-se à inegabilidade do dogma constitucional, porquanto o juiz, submetido à Constituição, não pode escolher livremente os seus pontos de partida. Em síntese, pontifica Hesse que “as possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo das suas possibilidades tópicas”.⁶⁹⁰

Relevantes se afiguram, outrossim, as reflexões do autor sobre os limites do fenômeno da mutação constitucional, as quais ressaltam o jaez correferencial da relação entre normatividade e realidade, sendo esta última incorporada única e exclusivamente como realidade constitucional, vale dizer, realidade conforme a Constituição. A mutação constitucional designa o fenômeno a partir do qual se verifica uma alteração da norma constitucional sem a modificação formal de seu texto por meio dos procedimentos institucionalizados de reforma da Constituição. Para sua compreensão, Hesse acorre à Teoria

⁶⁸⁸ HESSE, 2009, p. 161.

⁶⁸⁹ Cf. VIEHWEG, 1979.

⁶⁹⁰ HESSE, 2009, p. 199.

Estruturante do Direito, já explicada noutro capítulo deste trabalho, lucubrada por seu discípulo Friedrich Müller.

A Teoria Estruturante do Direito, conforme já asseverado, concebe a normatividade como concretamente estruturada. Parte-se da verificação de que a dimensão textual não esgota a definição do material normativo. Ela representa apenas a ponta do *iceberg*. A norma jurídica desvela-se, demais disso, pela imbricação entre textualidade e realidade normativa. Apenas diante do caso concreto é que o normativo se perfaz em plenitude, não havendo que se falar em norma jurídica fora de seu contexto de aplicação. Desdobra-se, portanto, em programa da norma, referente ao teor literal, e âmbito da norma, recorte da realidade apreendido pelo programa normativo.⁶⁹¹

A interpretação constitucional converte-se, à luz desse alcance teórico, em concretização constitucional, cumprindo ao intérprete, a partir dos elementos metodológicos afetos ao programa da norma e daqueles concernentes ao seu âmbito, determinar construtivamente o material normativo, em simbiose dialógica entre realidade e norma jurídica. Semelhante formulação teórica se justifica, com Hesse, porquanto “só enquanto o Direito Constitucional é ‘realizado’; por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade.”⁶⁹²

A mutação constitucional verifica-se quando, sem a alteração formal do programa normativo, tem lugar a modificação do âmbito da norma. O surgimento de fatos novos, a alteração da realidade subjacente à Constituição, na medida em que os novéis dados se amoldem ao programa da norma, têm o condão de reconfigurarem o âmbito normativo, donde resulta uma mutação da norma mesma.

Entretanto, não será qualquer mudança fática que desencadeará o processo de mutação constitucional. Apenas se os novos dados da realidade se adequarem aos limites impostos pelo programa normativo é que darão azo ao referido fenômeno. É a plasticidade da dimensão textual, sempre histórico-linguisticamente desvelada, que decide se a alteração fática pode ser relevante normativamente, isto é, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo. Erige-se, com isso, um limite absoluto à mutação constitucional que, para Hesse, somente é admissível enquanto sujeitada aos lindes estabelecidos por aquela instância:

⁶⁹¹ MÜLLER, 2005, *passim*.

⁶⁹² HESSE, 2009, p. 272.

Porém, nada disso altera o fato de que, ao menos desse modo, a discricionariedade na invocação da presença de uma mutação constitucional se reduz essencialmente. Provar em cada caso a modificação do “âmbito normativo” de uma norma constitucional requer algo mais que a invocação genérica da “força normativa do fático” ou das “necessidades vitais do Estado”. Nesse sentido, pode ser que, portanto, só estejamos diante de um ponto de partida, e não de uma teoria acabada da mutação constitucional.⁶⁹³

Aclara-se, com isso, o caráter subordinante da relação havida entre realidade e Constituição. Apenas a realidade constitucional é capaz de fincar-se como argumento jurídico racional no discurso de aplicação da Constituição. A realidade inconstitucional, contraditória a preceitos constitucionais ou mesmo desconectada de fundamento na positividade constitucional, é inconcebível como razão de afastamento de um dispositivo fundamental.

Como sublinha Hesse, uma teoria sobre os limites da interpretação constitucional possui a função de desenvolver os critérios aplicáveis à situação normal. Uma conjuntura em que a preservação de um Estado supostamente operativo e eficaz se impusesse a fórceps sobre a função estabilizadora da positividade constitucional já não mais seria uma situação jurídica, mas uma ruptura fática com a ordem constitucional e, portanto, inconstitucional e injustificável sob o seu prisma. Assim, salienta Konrad Hesse:

Tudo o que se situe mais além dessas possibilidades já não será mutação constitucional, e sim quebra constitucional ou anulação da Constituição. Pode ser que de fato se imponham “os acontecimentos históricos que transtornam os fundamentos do Estado fora do Direito”, as usurpações e as revoluções. Isto nenhuma teoria dos limites da reforma constitucional ou da mutação constitucional poderá impedir. Porém, dentro do estrito âmbito aqui demarcado, assegura-se melhor a defesa da Constituição diante dos perigos de “mutações constitucionais” ilimitadas do que pela renúncia prévia, explícita ou implícita à elaboração de limites que possam ser respeitados na prática.⁶⁹⁴

O desvio fático normativamente não-fundamentado consubstancia, nesse passo, verdadeira derrocada da ordem constitucional. A vontade de Constituição é fulminada pelo enfraquecimento constitucional, fenômeno no qual o intérprete se impõe à Constituição e deixa de interpretá-la adequadamente para mudá-la ou enfraquecê-la, em ruptura inescapável com a ordem jurídica vigente. Os fatores reais de poder se implantam no discurso constitucional e implodem em seu centro a normatividade que dele deflui, instaurando a exceção como se normal fosse.

Não é de intrincada percepção, à luz das reflexões anteriores, que os arranjos teóricos atribuídos à reserva do possível pela doutrina pátria consubstanciam autêntico menoscabo da

⁶⁹³ HESSE, 2009, p. 274.

⁶⁹⁴ Ibidem, p. 278.

força normativa da Constituição. A inserção de um elemento dogmático proposicional autônomo cuja significação é a de afastar, interna ou externamente, um preceito constitucional em prol de uma imposição realista normativamente não-fundamentada equivale à institucionalização de uma derrotabilidade potencial do arcabouço jurídico diante dos fatores reais de poder. A vontade de Constituição, que exige um permanente compromisso com a realização da normatividade diante de seu intentado amesquinamento em face dos variegados interesses contingentes, abandona sua posição de normalidade institucional, quedando sobrepujada pela possibilidade de o manancial jurídico dos direitos fundamentais sociais ser afastado por uma realidade que lhes é hostil.

É curial fixar, nessa sentada, que a reserva do possível não pode resultar de interpretação das normas definidoras de direitos fundamentais, tampouco ser ponderada em face delas, justamente porque não encontra supedâneo normativo e, por isso, não é Direito. Conforme advertem Müller e Hesse, a realidade é apreensível pelo âmbito da norma nos estritos lindes ditados por seu programa normativo. Assim, a reserva do possível, por importar em contrariedade frontal ao programa normativo dos direitos fundamentais sociais, dado que prescreve o descumprimento de sua realização ante suposta inexistência de disponibilidade orçamentária, inadmite enquadramento em seu âmbito normativo, motivo pelo qual não pode nem defini-lo, nem restringi-lo, como pretendem, respectivamente, os defensores da teoria do custo dos direitos e da teoria da condição da realidade.

Pensar em uma reserva do possível como limite imediato aos direitos fundamentais sociais é franquear a recepção pelo âmbito normativo de um elemento contrário às possibilidades concretas da prescrição literal da norma, o que se revela teoricamente insustentável, desnudando a irracionalidade da proposição confrontada. A esse respeito, indubitáveis as lições de Konrad Hesse:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional.⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ HESSE, 2009, p. 275.

Conforme explicitado em capítulo próprio, Friedrich Müller explana que os elementos metodológicos de interpretação relacionados ao programa normativo têm prioridade sobre os demais. Nesse passo, a limitação do feixe de possibilidades significativas de um direito fundamental somente pode se verificar por intermédio dos nexos sistemáticos havidos com outra norma constitucional, ou quando seu programa contiver remissão nesse sentido, por meio de reserva legal e respeitado o conteúdo essencial. Não será dado ao julgador ou ao administrador invocar elemento pseudo-dogmático, destituído de fundamento constitucional, com o fito de obstar a aplicação de um direito fundamental social.

Em síntese, a delimitação juridicamente fundamentada do âmbito normativo de um direito fundamental social, qual seja, sua legítima concretização, somente poderá ocorrer com respeito aos elementos sistemáticos de interpretação consonantes ao seu programa, que tomem em consideração a globalidade das normas constitucionais e legais, no último caso quando existente autorização constitucional para tanto. Qualquer outro invencionismo teórico desconectado de fundamento normativo não poderá, racional e juridicamente, justificar a delimitação ou o afastamento de tais normas. Para além desses limites, assoma vigorante o puro arbítrio, refratário ao constitucionalismo e admissível apenas, e quando muito, no discurso político.

Ora, a reserva do possível, tanto como limite interno imposto pela possibilidade de custeio de um direito fundamental de segunda dimensão quanto como uma condição da realidade que limita externamente a concretização desse mesmo direito não encontra, nas elaborações doutrinárias em apreço, qualquer fundamento normativo. Engendra-se uma suposta força normativa do fático que, autonomamente, se apresenta imiscuída em elemento dogmático capaz de, aventados os alegados supostos da escassez, nulificar a normatividade de um direito fundamental social. Exatamente por sua conformação exclusivamente fática, inadmite qualquer ponderação diante do jurídico, sobre ele prevalecendo em toda e qualquer circunstância. O que contra-argumentar em prol de um direito fundamental social se sempre pressuposta a escassez de recursos orçamentários como decorrência lógica de sua carestia, sendo tal alegação bastante para afastá-lo?

Não é custoso perceber que a ruptura (in)constitucional encartada pela dogmatização da reserva do possível assim também o é por tornar impossível a controlabilidade racional de sua aplicação. Sempre que afirmada a escassez, sendo essa aceita no discurso, nenhuma razão haverá para afastá-la, porque não se pode pretender controlar normativamente aquilo que não dispõe de fundamento normativo e que sobre o normativo tenciona absolutamente se impor.

Daí porque cabe repisar a afirmação de Canotilho, para quem “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.⁶⁹⁶

Demais disso, a autonomização dogmático-proposicional da reserva do possível equivale à institucionalização da exceção. O afastamento do normativo pelo não-normativamente fundamentado, é dizer, por um argumento de feição econômico-utilitarista, implica a subtração de parcela da realidade do alcance da normatividade jurídica, ruptura inconstitucional, portanto. Entretanto, a admissão de uma categoria dogmática com semelhante perfil implica a normalização da exceção. Esta, ao dogmatizar-se, desnatura-se em exceção normalizada.

O rompimento com a ordem constitucional, de excepcionalidade ocorrente nos momentos críticos de uma tradição jurídica, ao integrar-se sub-repticiamente à doutrina sob o pálio da reserva do possível, torna a Constituição jurídica, ao menos no que concerne aos direitos fundamentais sociais, uma rele “folha de papel”, posta à disposição das forças políticas dominantes em uma sociedade.

O discurso político-econômico neoliberal, afinado aos interesses das elites econômicas, às quais interessa um Estado mínimo no que toca às prestações sociais e, conseqüentemente, diminuto no que respeita ao exercício do poder de tributar, encontra em tal lucubração teórica a instrumentação de seu poder sobre a Constituição, confirmando a tese de Lassalle a propósito da contínua prevalência dos fatores reais de poder, ou, noutras palavras, acerca da permanência do Estado de Exceção, doravante institucionalizado.

A instauração de uma cláusula de exceção à normatividade dos direitos sociais, operada pela reserva do possível à brasileira, remete, outrossim, às problemáticas reflexões de Carl Schmitt sobre o fenômeno jurídico e o Estado de Exceção. Schmitt compreende que o Direito não se esgota em sua dimensão normativa, a qual tampouco representa sua nota essencial. A essa faceta, o jurista acrescenta outros dois componentes: a ordem concreta e a decisão. Com efeito, para o autor, a gênese do Direito reporta a uma decisão que, em meio a uma realidade caótica, instaura uma ordem concreta, da qual promana a normatividade.⁶⁹⁷

O processo de criação do Direito é, para Schmitt, um processo de ordenação do caos, realizado por uma vontade soberana que normaliza o contexto fático a ela subjacente. A decisão, e não a norma, representaria o elemento fundante e essencial do Direito, operando a reunião entre *physis* e *nomos*, por intermédio da instituição de uma ordem concreta de cuja

⁶⁹⁶ CANOTILHO, 1999, p. 481.

⁶⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Sobre los modos de pensar la ciencia jurídica*. Estudo preliminar, tradução e notas de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

normalidade se extrai o ordenamento jurídico. Antes da fundação de um sistema jurídico, inexistiria qualquer norma a originá-lo. Acreditar no contrário seria, para Schmitt, quimera e pura artificiosidade, o que obteria explicações inclusive no próprio conceito de neutralização, veiculado pelo autor na obra “O conceito do político”.⁶⁹⁸

O Direito, em Schmitt, é criado por uma decisão que ocorre em meio a um contexto que se verifica caótico, parcamente ordenado, volição essa que é soberana a ponto de colocá-lo em ordem e, via de consequência, de originar o Direito. Tal vontade criadora é equiparada à figura do Poder Constituinte originário, desenvolvida pela primeira vez por Sieyès, na França pós-revolucionária.⁶⁹⁹ Todavia, com Schmitt, ela adquire contornos peculiares, em meio à teorização por ele empenhada. O Poder Constituinte originário é aquela determinação soberana, envolvida em uma ordem concreta, que delibera sobre a criação do Direito. Encontra sua legitimidade precisamente nesse seu caráter soberano, apoiado no substrato axiológico sobre o qual se funda. Não obstante, a grande diferença verificada em Schmitt é a inexistência de uma total autonomização do Direito criado em relação ao poder que cria, de modo a submetê-lo, pois, nas palavras do autor:

Assim como uma disposição orgânica não esgota o poder organizador que contém autoridade e poder de organização, assim tampouco pode a promulgação de uma Constituição esgotar, absorver e consumir o Poder Constituinte. Uma vez exercitado, não por ele se encontra acabado e desaparecido o Poder Constituinte. A decisão política implicada na Constituição não pode se voltar contra seu sujeito, nem destruir sua existência política. Ao lado e por cima da Constituição, segue subsistindo essa vontade. Todo autêntico conflito constitucional que afete as bases mesmas da decisão política do conjunto, pode ser decidido, tão somente, mediante a vontade do Poder Constituinte mesmo. Também as lacunas da Constituição – a diferença das obscuridades e discrepâncias de opinião das leis constitucionais em particular – podem levar-se, tão somente, mediante um ato do Poder Constituinte; todo caso imprevisto, cuja decisão afete a decisão política fundamental, é decidido por ele.⁷⁰⁰

O Poder Constituinte originário permanece, para o autor, sempre vivo, podendo atuar a qualquer tempo através da decisão sobre a alteração da Lei Constitucional, ou mesmo por intermédio da instauração de uma nova ordem material. Tal se justifica, no aspecto formal, pelo raciocínio segundo o qual o compromisso assumido para consigo mesmo não é de observância obrigatória, eis que o mesmo ente que se compromissou é livre para se descompromissar a qualquer tempo. Qual seja, para Schmitt, não faria sentido estabelecer em uma Lei Constitucional limites formais ou materiais à sua modificação, pois tal Lei, sendo

⁶⁹⁸ SCHMITT, 2009, *passim*.

⁶⁹⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad, 1992, *passim*.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 94-95, tradução nossa.

obra do povo, não poderia vincular esse mesmo povo, impedindo uma decisão soberana que desfizesse tais convenções.

Ademais, a norma jurídica aparece em Schmitt como aplicável apenas a um contexto de normalidade, em que a descrição abstrata contida na normatividade jurídica encontrasse respaldo na realidade fática à qual se remete. Se falta essa correspondência entre a norma e a ordem concreta, inexistente a possibilidade de aplicação daquela, impondo-se a suspensão do ordenamento jurídico-formal, com a persistência do Direito como decisão sobre a reconfiguração da ordem caotizada. Nas palavras do autor:

Uma norma pode permitir-se ser tão inviolável como queira, agora bem, rege uma situação somente enquanto esta situação não se haja convertido em totalmente anormal e somente até que o tipo concreto que foi pressuposto como normal não haja desaparecido. A normalidade da situação concreta, regulada pela norma, e do tipo concreto por ela suposto, não é um pressuposto formal da norma do qual a ciência jurídica possa prescindir, senão um dado jurídico intrínseco para a vigência da norma e uma determinação normativa da norma mesma. Uma norma pura, sem referência a uma situação e a um tipo de fato, seria um absurdo jurídico.⁷⁰¹

A instauração do Estado de Exceção é a consequência da desconexão entre a normatividade formal e a ordem concreta. Cabe ao soberano decidir jurídica e juridicamente sobre a readequação entre ambos. Soberano é, justamente, aquele que decide sobre o Estado de Exceção. Uma decisão que, ressalte-se, para Schmitt, seria jurídica, porque o Direito já pressuporia em sua faceta normativa a possibilidade de sua suspensão pela via da vontade originária, face à ausência do normal que torna a normatividade aplicável.⁷⁰²

Pelo caminho inverso ao da teoria do Estado de Exceção, explicitada em “Teologia Política, nota-se que antes do surgimento da norma é necessário uma decisão que institua o “normal”, tornando possível a aplicação desta. A vontade que normaliza, assim como aquela que excepciona, é, com efeito, para Schmitt, a verdadeira essência do fenômeno jurídico, dado que não faria sentido falar nele sem uma decisão de tal caráter. Logo, como afirmou Schmitt, o Direito seria mais bem caracterizado à luz da exceção, pois nela apenas restaria o que há de substancial no jurídico: a decisão. Apenas a decisão seria capaz de, a um só tempo, produzir as condições de estabelecimento das normas jurídicas e levantar e resolver a questão da exceção, da anormalidade, sem declará-la não-jurídica. De acordo com a análise de Kervégan:

⁷⁰¹ SCHMITT, 1996, p. 24-25.

⁷⁰² SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009b.

A decisão é, assim, a condição primeira de efetividade e validade da norma, quer se trate do ato que constitui o soberano ou daquele que instaura a ordem do direito civil ou penal. [...] Uma norma, segundo Schmitt, resulta sempre de um ato decisório.⁷⁰³

De mais a mais, a compreensão decisionista do Direito, aliada aos corolários desenvolvidos no âmbito da teoria do Poder Constituinte, redundou em severas críticas tecidas por Schmitt à jurisdição constitucional como legítima guardiã da Constituição. O atrelamento dos órgãos jurisdicionais à forma jurídica obstaculizaria a lida com essa dimensão essencialmente política do Direito, uma vez que a imputação da pecha de defensor constitucional a qualquer instituição judicial implicaria o fim de sua existência enquanto tal, porquanto, em face dela, sobreviria uma inevitável politização, a qual comprometeria sua independência de modo a desnaturá-la dentro dos parâmetros do Estado de Direito liberal, tão criticados pelo autor.⁷⁰⁴

A pressuposição do normal, contida nas determinações normativas limitadoras da atuação dos tribunais, impediria o seu posicionamento no interior de um contexto de exceção. Inevitável e incontrolada politização se acometeria, gerando efeitos imprevisíveis. Schmitt propugna então, na obra “*La defensa de la Constitución*”, que o Presidente do Reich seria o genuíno defensor da Constituição, por ser soberano e identificado com o povo alemão e, ademais, situar-se acima dos poderes instituídos.⁷⁰⁵

Por fim, cumpre ressaltar que a vontade schmittiana transmuda-se claramente em um instrumento de justificação do regime nacional-socialista, com a adoção pelo autor do paradigma da ordem concreta. A decisão soberana surgiria, assim, como reunião entre *physis* e *nomos*, constituindo-se em vetor de expressão de uma ordem concreta ínsita à axiologia de um povo, o que se entrevê no trecho a seguir:

Por isso, nessa introdução de um novo modo de pensar jurídico está contido não um simples corretivo do atual método positivista, senão um trânsito a um novo modo de pensar jurídico, que se ajusta às futuras comunidades, ordens e formações de um novo século.⁷⁰⁶

Decerto, a assunção teórica da reserva do possível, nos moldes desenraizados de sua incorporação à brasileira, seria a encampação obtusa da tese schmittiana sobre a pressuposição do normal como condição de validade das normas jurídicas. Uma ordem

⁷⁰³ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Tradução de Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 9.

⁷⁰⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Tradução de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

⁷⁰⁵ *Ibidem*.

⁷⁰⁶ SCHMITT, 1996, p. 76-77.

concreta de suposta escassez natural reclamaria uma decisão que, ante a ausência do “normal”, de início entendido como a possibilidade de custeio de um direito fundamental social, afastasse a aplicação deste aos casos decidendos.

Ocorre que a exceção, ao contrário do que sua designação pode sugerir, não consubstancia excepcionalidade ao fenômeno jurídico, segundo Schmitt. É, antes de tudo, ínsita a ele, desvelando sua faceta substancial, descrita como a decisão travada sobre a ordem concreta. Nesse diapasão, a apreensão dogmática de uma cláusula de exceção que, baseada em particular representação da ordem concreta, fornecesse sustentáculo à vontade supressora da juridicidade dos direitos prestacionais deflagraria a rendição do constitucionalismo democrático ao pensamento decisionista, convertendo a aplicação desses dispositivos em uma questão voluntarista, constantemente entregue à deliberação de um decisor e, por essa razão, não conferindo autênticos direitos subjetivos aos seus titulares.

A aplicação dos direitos fundamentais sociais, com a aposição da reserva do possível, tratar-se-ia de uma questão eminentemente política, porquanto o argumento decisivo para seu deslinde não mais seria de ordem normativa, encontrando seu referencial decisório no juízo de contemplação voluntária da ordem concreta, a constatar, em cada caso, se a normalidade se acha ou não presente. A derrocada da normatividade dos direitos prestacionais lhes retiraria o caráter de direitos oponíveis ao Estado e a mais pura arbitrariedade lançaria semente fértil neste tortuoso terreno dogmático, com terríveis consequências para o regime democrático, como aquelas que se abateram sobre a Alemanha pós-Weimar sob a pena legitimadora de pensadores como Carl Schmitt, cuja incontestável genialidade não leva este trabalho, porém, a concordar com suas teses fundamentais, sabidamente contrárias ao Estado Democrático e Social de Direito.

11 CONCLUSÃO

O embasamento hermenêutico da presente dissertação torna impróprio se pensar em uma conclusão, no sentido da metodologia moderna, para o problema posto. Todavia, nos capítulos acima declinados, desvelou-se a ilegitimidade da manutenção da reserva do possível no discurso brasileiro de aplicação dos direitos fundamentais sociais. A decaída proposicional do *topos* germânico em falatório neoliberal refratário à normatividade constitucional impõe seu premente afastamento doutrinário e jurisprudencial, de sorte a desobstruir o processo de concretização constitucional antes referido, franqueando a plena mostraçãõ dialógica da alteridade normativa, com a culminância de provimentos decisórios com força de resposta.

Como se consignou, a instrumentalização utensiliar dos direitos fundamentais à *poiesis* econômica, protagonizada pela reserva do possível, importa na negativa da dignidade humana, vergada aos desidérios de uma facção econômica tecnocrática. De outra banda, a reflexividade hermenêutica das pré-compreensões do intérprete jurídico, cerrada pelo já-dito e mal-entendido, eristicamente impingido pela proposição desenraizada, a par de consideração da hermenêutica fenomenológica, é imposição constitucional, segundo o princípio do Estado Democrático de Direito, avesso ao voluntarismo e ao arbítrio decisórios.

Desta feita, a concretização dos direitos fundamentais sociais há de se passar de modo estruturado, em detida consideração da alteridade normativa, a cada vez evocada à fala na tradição linguisticamente descortinada pela situação hermenêutica atual dos casos decidendos. O conteúdo essencial de um direito fundamental é, portanto, compreendido como mostraçãõ singular de sua concretude aplicativa, não sendo pensável em abstrato, rechaçada a tese da identidade entre texto e norma. Tal deve ser perfilhado em diálogo de perguntas e respostas considerativo dos nexos sistemáticos havidos com a pluridimensionalidade dos demais direitos fundamentais pré-compreensivamente concorrentes, a lume do princípio da isonomia e pautado por uma hermenêutica da dignidade humana. Não há que se falar em programaticidade, tampouco em eficácia limitada. Os direitos fundamentais sociais são normas imediatamente aplicáveis, incumbindo outrossim ao Poder Judiciário a garantia de sua máxima efetividade, a teor do que determina o art. 5º, § 1º, da Constituição da República.

Noutro giro, o orçamento público não se encontra imunizado ao controle de constitucionalidade. As alocações nele contempladas devem guardar correspondência com o projeto social transformador constitucionalmente abraçado, a determinar a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais e, acima de tudo, a garantia de uma existência digna a todos os brasileiros. A alegada escassez de recursos atinente aos direitos

fundamentais, como se mostrou neste estudo, é de índole artificial, resultando, no mais das vezes, de decisões inadequadas do legislador e do administrador público na definição das pautas orçamentárias.

Nessas razões, mostrada pré-compreensivamente a jusfundamentalidade de uma prestação demandada em juízo por sua pertinência concreta ao conteúdo essencial de um direito fundamental social, cabe ao julgador, diante de alegações negativas por parte da Administração, proceder aos seguintes passos, declinados nas ulteriores linhas. Em primeiro lugar, há de averiguar a existência de alocações orçamentárias para demandas não essenciais, deslocadas da hierarquia de prioridades constitucionalmente estabelecida, em cujo topo se situam os direitos fundamentais diretamente vinculados à existência digna. Descumprido tal ditame, cabe-lhe determinar a pronta realocação de recursos para o atendimento do direito reclamado. Na remota hipótese de inexistência de dotações inessenciais, é de se deliberar o exercício constitucionalmente legítimo do poder de tributar, com o fito de se amealhar recursos para a concretização constitucionalmente imposta, o que se justifica, igualmente, em face da elevada regressividade do sistema tributário pátrio.

Em todos os casos, porém, não de ser observados os nexos sistemáticos concretos com a pluridimensionalidade jusfundamental, de sorte a garantir a necessária isonomia na delimitação dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais sociais, somente apurável na concretude aplicativa a cada vez descortinada. Incabível, por afrontoso à Constituição, o afastamento da normatividade por elementos despídos de fundamento constitucional, caso da reserva do possível, cuja extirpação se impõe. De mais a mais, toda lida proposicional irrefletida deve determinar a imediata reforma dos julgados que assim procedam, posto o império da máxima dialogicidade processual, com o afloramento e testagem das pressuposições hermenêuticas diante da alteridade normativa intencionada.

Da reserva do possível, há que se passar à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, alcançada com a desobstrução do processo hermenêutico de concretização de todos os empecilhos proposicionais que impeçam ou dificultem a compreensão virtuosa, entendida como a mirada autêntica e acolhedora dos rostos dos intérpretes da Constituição, a saber, de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza *et al.* Colonia del Carmen: Fontamara, 1993.
- _____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. *Doxa*, n°5, p. 139-151, 1988.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Há direitos acima dos orçamentos?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.
- _____. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- _____. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*. n. 57-58. São Paulo: RT, jan./ jun. 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1975.

BETANCOURT, Fernando. *Derecho romano clásico*. 3. ed. Sevilla: Editora Universidad de Sevilla, 2007.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução de Karina Janini. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURGUIGNON, François. *The globalization of inequality*. Tradução de Thomas Scott-Railton. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 de maio de 2016.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 de novembro de 2000.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 03 de fevereiro de 2006.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 de novembro de 2013.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 de maio de 2004.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 de maio de 2004.

_____. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 de maio de 2016.

_____. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 de fevereiro de 2016.

_____. Tutela Antecipada no Recurso Extraordinário nº 495.740/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 de agosto de 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994 (Reimpressão).

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan./dez. 2004, p. 371-388.

CARVALHO, Laura Barbosa. *Ajustar para crescer?* In: BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; BASTOS, Pedro Paulo Zahluth (Orgs.). *Austeridade para quem? Balanços e perspectivas do governo Dilma Rousseff*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung, 2015.

CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2013.

CIRNE LINS, Liana. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. de 2009.

CLARK, Barry Stewart. *Political economy: a comparative approach*. 2. ed. Westport: Greenwood Publishing Group, 1998.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Compreensão como arte: notas “hermenêuticas” sobre Constituição e constitucionalismo. *Revista Prisma Jur.*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 53-75, jan./jun. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva.

DEMMERS, Jolle; JILBERTO, Alex E. Fernández; HOGENBOOM, Barbara. *Good Governance in the Era of Global Neoliberalism - Conflict and depolitisation in Latin America, Eastern Europe, Asia and Africa*. London/New York: Rotledge, 2005.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.

DILTHEY, Wilhelm. A compreensão dos outros e das suas manifestações de vida. In: *Teorias da História*. Organização, introdução e comentários de Patrick Gardiner. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

_____. *Introdução às ciências humanas: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DOSTAL, Robert J. (Org.). *The Cambridge companion to Gadamer*. Cambridge; New York, NY: Cambridge University Press, 2002.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; MENDES, Vicente de Paula. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre os atos administrativos referentes às políticas públicas de saúde: uma proposta para a dogmática do direito social à saúde*. 2009. 379 f., enc. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. Tradução de Roberto Freitas Filho e Ana Claudia Lago Costa. *Universitas Jus*, v. 24, n. 3, p. 1-31, 2013.

_____. Response to overseas commentators. *I. CON.*, v. 1, n. 4, p. 651-662, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELSTER, Jon. *Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. New York: Cambridge University Press, 1992.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLEURBAEY, Marc. *Economics and Economic Justice*. Stanford: Editorial Board, 2014.

FRAGA NETO, Armínio. Sobre a relação entre os regimes fiscal e monetário no Brasil. In: BACHA, Edmar (Org.). *A crise fiscal e monetária no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016.

FREDE, Dorothea. The question of being: Heidegger's project. In: GUIGNON, Charles (Org.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes*. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. *La razón en la época de la ciencia*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Alfa, 1981.

_____. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. *Philosophical hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 1977.

_____. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Ênio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GAIER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. *Seminário Internacional Brasil-Alemanha - Thompson Flores*. Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal. Brasília: CJF, 2011.(Série Cadernos do CEJ; v. 27).

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. O Custo dos Direitos. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Ricardo Lobo Torres (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2002

GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madrid, Espanha: Sociedad Española, 1904.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999.

_____. *Introducción a Gadamer*. Tradução de Constantino Ruiz Garrido. 2. ed. Barcelona: 2003.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3. ed. Stanford: 2013.

GUIGNON, Charles B. Authenticity, moral values and psychotherapy. In: GUIGNON, Charles (Org.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Ferro. Estudo introdutório de Diego Valadés. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1205>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

_____. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Tradução de César Landa. Lima, Peru: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAUSMAN, Daniel M. *Philosophy of Economics*. Stanford: Editorial Board, 2015.

HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*. Traduzido do original em alemão por Marco Aurélio Werle. In: *Scientiae Studia*, São Paulo, 2007, v.5, n. 3, p. 375-398.

_____. *A origem da obra de arte*. Tradução de Idalina Azevedo e Manuel António de Castro. São Paulo: Edições 70, 2010.

_____. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. *Ontologia: (hermenêutica da faticidade)*. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Ser e tempo*. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: UNICAMP; Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Sobre a essência da verdade*. Tradução de Ernildo Stein. In: “Coleção ‘Os Pensadores’”. (vol. XIV). São Paulo: Abril Cultural, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York, EUA: W. W. Norton & Company, 1999.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34.

HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn. In: GUIGNON, Charles (Org.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006.

_____. *Investigaciones lógicas*. Tradução de Manuel G. Morente e Jose Gaos. Madrid: Revista de Occidente, 1976.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. Resposta à questão: que é iluminismo?. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Barueri, SP: Manole, 2006

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. rev. and expanded. Durham: Duke University Press, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

LAFONT, Cristina. Hermeneutics. In: DREYFUS, Hubert L.; WRATHALL, Mark A (Orgs.). *A companion to Heidegger*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução e prefácio de Aurélio Wander Barros. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. *Que es una constitución?*. Tradução de W. Roles. Madrid: Jucar, 1979.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 97, p. 105-122, jan./jun. 2008.

_____. *Hermenêutica Constitucional Clássica: métodos de interpretação e escolas hermenêuticas*. 2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. de 2009.

LISPECTOR, Clarice. *Uma aprendizagem ou o livro dos prazeres*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994

_____. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005.

_____. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. 2.

MACDOWELL, João Augusto A. Amazonas. *A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger*: ensaio de caracterização do modo de pensar de *sein und zeit*. São Paulo: Loyola, 1993.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. *Da reserva do possível à reserva constitucionalmente possível*. 2014. 131f. Monografia (Conclusão de curso) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*: curso de direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Maurício Santana Dias. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MARSHALL, Donald. G. On dialogue: to its cultured despisers. In: KRAJEWSKI, Bruce. *Gadamer's repercussions*: reconsidering philosophical hermeneutics. Berkeley: University of California Press, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A compreensão virtuosa do direito. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 97, n. 03, pp. 71-104, jan-jun, 2008.

_____. A congenialidade fraterna: pressuposto da comunicação como justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 107, p. 331-353, jul-dez, 2013.

_____. *A fenomenologia e a hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Vale Ferreira, 2007.

_____. A teoria da interpretação jurídica: um diálogo com Emilio Betti. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 91, n. 06, pp. 145-169, jan-jun, 2005.

_____. *A teoria da interpretação jurídica*: um diálogo com Emilio Betti. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 91, p. 145-170, jan-jun, 2005.

_____. Hermenêutica da afetividade ou uma introdução à filosofia de Emmanuel Lévinas. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (Org.). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013.

_____. Hermenêutica da afetividade ou uma introdução à filosofia de Emmanuel Lévinas. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (Org.). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013b.

_____. Hermenêutica Jurídica e linguagem: nas dobras da fala com Merleau-Ponty. In: Maria Helena Damasceno e Silva Megale (Org.). *Temas de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013c.

_____. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001.

_____. Introdução à ontologia heideggeriana e ao meio ambiente: abertura do ser para o infinito da existência com o outro. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 99-B, n. 09, pp.209-227, jul-dez, 2009.

_____. Uma recordação da retórica no Fedro de Platão ou a força de resposta do discurso juspolítico inspirado na idéia de justiça. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 98, n. 12, pp. 337-360, jul-dez, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O homem e a comunicação: a prosa do mundo*. Tradução de Celina Cruz. Rio de Janeiro: Bloch, 1974.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Tradução do alemão, estudo preliminar e notas de Alberto Ochling de los Reyes. Madrid: Editorial Dykinson, 2016.

_____. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. *Teoria Estruturante do Direito I*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo: Como alguém se torna o que é*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível*. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba.

_____. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ORTEGA Y GASSET, Jose. *Goethe – Dilthey*. Madrid: Alianza, 1983.

PALMER, Richard E. *Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*. Illinois: Northwestern University, 1969.

_____. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PLATÃO. *A República*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of Law. In: *John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 53*. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

RAMIRES, Maurício. *A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. 2009. p. 24. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo.

RICOEUR, Paul. *O justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RORTY, Richard. Being that can be understood is language. In: KRAJEWSKI, Bruce. *Gadamer's repercussions: reconsidering philosophical hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 2004.

ROTHBARD, Murray N. *Historia del pensamiento económico: el pensamiento económico hasta Adam Smith*. Vols. I e II. Madrid: Union Editorial, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr.-jun. 1998.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A fundamentação da ciência hermenêutica em*

Kant. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

_____. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdígão. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braida. 2. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1999.

SCHLINK, Bernhard. Hercules in Germany? *I. CON.*, v. 1, n. 4, p. 610-620, 2003.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. *La tiranía de los valores*. Tradução de Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009.

_____. *O conceito do político. Teoria do partisan*. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Teologia Política. In: _____. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Universidad, 1992.

_____. *Sobre los modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Ltr, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucis, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. *Constituição ou barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/16.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos e Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O nome que o STF dá é o nome que fica? Eis o busilis do caso Delcídio!* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-stf-fica-eis-busilis-delcidio>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

TAYLOR, Charles. *Gadamer on the Human Sciences*. In: *The Cambridge Companion to Gadamer*. DOSTAL, Robert J. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49. jul./set. 1989.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, São Leopoldo/RS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 8, n. 1, p. 37-52, jan-abr, 2016.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; SOARES, Mirelle Fernandes. Perspectivas para o exercício da função jurisdicional e para a administração da justiça no Estado Constitucional Democrático. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 3, p. 1603-1614, 2014b.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Desafios à reforma do poder judiciário na América latina: justiça para os mercados e/ou para a sociedade?. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 2, p. 1603-1614, 2014a.

_____. *Pressupostos filosóficos e político-constitucionais para a aplicação do princípio da democracia integral e da ética de responsabilidade na organização do trabalho e na administração da justiça: o sistema núcleos intersindicais de conciliação trabalhista: estudo de caso a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994 2006)*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul. 2008.

WARNKE, Georgia. *Gadamer: hermeneutics, tradition and reason*. Stanford: Stanford University, 1987.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZUCKERT, Catherine H. Hermeneutics in practice: Gadamer on ancient philosophy. In: *The Cambridge Companion to Gadamer*. DOSTAL, Robert J. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 206. (vol. XIV). São Paulo: Abril Cultural, 1999.