

A nova conjectura dos direitos fundamentais sob a ótica do paradigma democrático de direito

Ludmila Castro Veado Stiger¹, e-mail; **Eloy Pereira Lemos Júnior**; **Jeffer Paulo de Castro Veado Stiger**

1. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS), Belo Horizonte; professora e coordenadora de pesquisa na Faculdade de Minas (FAMINAS), Belo Horizonte, MG;
2. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte; coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS), Belo Horizonte, MG.
3. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Una (UNA), Belo Horizonte, MG.

RESUMO: Os direitos fundamentais constituem a espinha dorsal do constitucionalismo moderno. Não se pode conceber um Estado sem a devida correspondência aos direitos fundamentais. De suma importância se faz uma nova concepção dos mencionados direitos dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não podem ser concebidos mais como direitos naturais ou direitos positivados na lei. Eles precisam ser interpretados à luz da hermenêutica pós-positivista e devem ser percebidos como direitos de liberdade e igualdade. Não se pode mais ter a idéia de que liberal e social são ideários antagônicos: eles precisam se compreendidos como complementares e estruturantes do paradigma democrático. Assim, o conceito de direitos fundamentais torna-se aberto e procedimental.

Palavras-chave: direitos fundamentais, Estado Democrático de Direito, hermenêutica pós-positivista.

RESUMEN: La nueva conjetura de los derechos fundamentales desde la perspectiva del paradigma democrático de derecho.

Los derechos fundamentales constituyen la columna vertebral del constitucionalismo moderno. No podemos concebir un Estado sin los correspondientes derechos fundamentales a juego. De importancia crítica para hacer una nueva concepción de estos derechos dentro del paradigma de un Estado democrático. Los derechos fundamentales no puede ser concebido más como los derechos naturales o de derecho positivizado por la ley. Ellos tienen que ser interpretados a la luz de la post-positivismo y la hermenéutica debe ser percibido como los derechos de libertad e igualdad. Ya no podemos tener la idea de que los ideales liberales y sociales son antagónicos: deben entenderse como complementarios y la estructuración en el paradigma democrático. Así, el concepto de los derechos fundamentales se abren y de procedimiento.

Palabras llaves: derechos fundamentales, el Estado democrático de derecho, la hermenéutica, post-positivista.

ABSTRACT: The new conjecture of fundamental rights from the perspective of democratic paradigm of law.

Fundamental rights form the backbone of modern constitutionalism. We cannot conceive a State without proper matching fundamental rights. Of critical importance to make a new conception of these rights within the paradigm of a democratic State. Fundamental rights cannot be conceived more as natural rights or rights positivized by law. They need to be interpreted in light of post-positivism and hermeneutics must be perceived as rights of freedom and equality. We can no longer have the idea that liberal and social ideals are antagonistic: they must be understood as complementary and structuring in democratic paradigm. Thus, the concept of fundamental rights

become open and procedural.

Keywords: undamental rights, democratic rule of law, hermeneutics, post-positivist.

Introdução

Os direitos fundamentais constituem assunto de pauta dentre os grandes atuais constitucionalistas. Independentemente de sua origem, constituem a base de sustentação das democracias contemporâneas, isto é, são canais de legitimação da ordem jurídica-constitucional.

A partir da perspectiva de um Direito como processo de aprendizagem, far-se-á um aprofundamento no tratamento dos direitos fundamentais. O enfoque que se pretende dar se volta para o exame do Estado da Arte do Constitucionalismo brasileiro.

Tal atenção aos direitos fundamentais visa, ao final, à uma melhor interpretação e compreensão da relação existente entre os direitos fundamentais e soberania popular, bem como entre a paridade existente entre a igualdade e a liberdade.

I – Delimitação conceitual

No que concerne aos conceitos adotados, a própria utilização da expressão “direitos fundamentais” no título deste artigo já revela a opção na seara terminológica.

Outrossim, importante se torna levantar alguns esclarecimentos sobre a diversidade de termos utilizados pelos doutrinadores: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, e direitos humanos fundamentais¹ (SARLET, 2004).

Apesar da heterogeneidade, mister se faz clarificar a distinção entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”,

1 A própria Constituição de 1988 continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título exemplificativo, encontram-se na Constituição expressões como: direitos humanos (art. 4, inc. II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5, parágrafo 1), direitos e liberdades constitucionais (art. 5, inc. LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4, inc. IV). (BRASIL, 1988). Para um aprofundamento sobre a diversidade terminológica ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

sendo que muitos teóricos do Direito Constitucional utilizam os referidos termos de maneira indistinta².

Sarlet (2004), atinente ao tema, explica que o termo “direitos do homem” refere-se aos direitos naturais positivados ou não, de conotação jusnaturalista e que “[...] pode ser denominada como uma fase “pré-histórica” dos direitos fundamentais” (p. 37); “[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera o direito constitucional positivo de determinado Estado” (p. 35-36),

Ainda assegura que

[...] “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, revelando assim, um inequívoco caráter supranacional/internacional (p. 36).

Reconhecer a diferença não significa a desconsideração da relação existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Sobre a questão dispõe Sarlet (2004)

[...] não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este ângulo (não excludente de outras dimensões) que deverão ser prioritariamente analisado ao longo deste estudo (p. 40-41).

- 2 O professor José Luiz Quadros de Magalhães é um exemplo a ser citado dentro da seara dos grandes constitucionalistas mineiros que não faz distinção entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos. Para uma análise mais detida sobre a questão ver MAGALHÃES, 2002.

Bonavides (2004), citando Konrad Hesse³, afirma que os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Além dessa concepção ampla e genérica, afirma ainda que existe também uma acepção mais restrita na qual os direitos fundamentais seriam aqueles direitos que o ordenamento jurídico vigente qualifica como tais.

Amparado na visão de Carl Schmitt, Bonavides (2004) complementa a questão elucidando a existência de dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, direitos fundamentais são todos os direitos ou garantias nomeados e especificados na Constituição; pelo segundo, direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam do texto constitucional um grau elevado de garantia ou de segurança: ou são imutáveis ou de mudança dificultada e diferenciada, isto é, direitos alteráveis mediante emenda à Constituição. Sob a ótica material, os direitos fundamentais estariam adstritos à ideologia vigente, ao tipo de Estado, aos valores e princípios consagrados na Constituição.

Para Salgado (1986), os direitos fundamentais “são matizes de todos os demais; são direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros. São direitos fundamentais, direitos que dão fundamento a todos os demais” (p. 9-10). Acrescenta ainda que eles não podem estar previstos e garantidos em qualquer lei, mas sim em uma lei fundamental. Para o autor, tais direitos apresentam dupla conotação: formal, como “direitos propriamente ditos”, garantidos na Constituição; e material, como valores pré-constitucionais, determinando o conteúdo desses direitos nas Constituições.

Pode-se ressaltar ainda a natureza reflexiva dos direitos fundamentais, pois eles não são apenas texto; eles são estruturantes de um grande problema: o reconhecimento recíproco das pessoas como identidades individuais e como cidadãos co-partícipes e co-responsáveis pela formação da vida em comum⁴. Ou, na linguagem habermasiana, na relação existente entre autonomia pública e privada, que deve ser interpretada sob o viés da complementariedade entre elas (CARVALHO NETTO, 2003).

3 HESSE, Konrad. “Grundrechte”, in Staatslexikon, v. 2.

4 “Esses direitos fundamentais que são direitos civis, políticos e sociais a um só tempo, que importam, sim, exatamente na superação, ou melhor, na compreensão desse processo de aprendizado de construção de uma identidade como povo, como cidadãos que reciprocamente se respeitam em suas diferenças, que foi a própria trajetória do constitucionalismo, como exigência universal de liberdade e igualdade de todos” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 155).

Logo, a perspectiva reflexiva torna-se um imperativo dentro da interpretação discursiva dos direitos fundamentais, exigindo do intérprete um “olhar para trás”, isto é, necessita da historicidade dos mesmos. Para se compreender os direitos fundamentais dentro do paradigma democrático de Direito, importante se torna a sua compreensão histórica, mesmo porque, o homem é um ser histórico e cultural, e não um ser desfocado e sem contexto.

II – Perspectiva histórica

Os direitos fundamentais são concebidos como o resultado de um processo histórico complexo. A história dos direitos fundamentais configura um processo de afirmação e negação histórica. Seus fundamentos, antes definitivos e absolutos, hoje se revelam fluidos, exigindo assim, sua compreensão como conquistas históricas discursivas arraigadas ao processo de reprodução da sociedade moderna, mas não definitivas, e sim em constante risco de serem “manipuladas”.

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como conquistas históricas, aquisições evolutivas socialmente criadas, direitos institucionalizados em uma sociedade improvável, complexa, plural e aberta.

A perspectiva histórica ganha destaque por dois motivos: pelo seu viés hermenêutico e pelo fato de que a história dos direitos fundamentais encontra-se conexas ao surgimento do Estado Constitucional, cuja essência reside no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2004).

De suma importância será notar que os direitos fundamentais foram acrescidos e reinterpretados através dos tempos. Dessa forma, se inicialmente os direitos fundamentais correspondiam aos direitos individuais, com o decorrer dos tempos e com a evolução dos fatos históricos, o Estado passou também garantir os direitos políticos, sociais e econômicos e também a vislumbrar a democracia como elemento essencial para configuração destes direitos.

O grande desafio posto hoje aos direitos fundamentais é muito bem analisado por Carvalho Netto (2003) e se encontra imbricado na historicidade constitucional

O primeiro e grande desafio, a meu ver, é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos

de tais direitos. A nossa história constitucional não somente comprova isso, como possibilita que repostulemos a questão da identidade constitucional como um processo permanente em que se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e exclusão e que, ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas de afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos. Este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; torná-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania (p. 144-145).

O processo histórico de aprendizado na constante busca de afirmação dos direitos fundamentais ressalta a importância dos “panos de fundo” em que se assenta a compreensão de mundo, ou seja, os conceitos se fundam em preconceitos. A historicidade humana remete à idéia de paradigma. Assim, o conceito de paradigma incorpora a impossibilidade humana de alcançar um conhecimento absoluto, perfeito e acabado, especialmente em razão do vínculo social, histórico e cultural⁵ imanente aos seres humanos (CARVALHO NETTO, 2003).

III – Evolução paradigmática

Os direitos fundamentais, que, ao lado da democracia, constituem a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são estáticos nem possuem viés metafísico ou sobrenatural. Eles constituem realidades históricas, advindos de lutas e batalhas travadas no tempo, em face da afirmação da condição humana e do homem como ser dotado de razão e de emoção. Os direitos

- 5 “Qualquer saber, para ser considerado saber científico, tem atualmente de levar em consideração esse limite humano do conhecimento ou, simplesmente, não é ciência o que se está a fazer. Como condição do conhecimento, temos então precisamente a exigência de saber que nosso conhecimento é limitado, o que requer fundamentação explicitada e, assim, que esse saber se apresente abertamente em sua precariedade, oferecendo-se à permanente possibilidade de refutação, ou seja, ou é um saber refutável e aprimorável ou não é conhecimento” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 152).

fundamentais não podem ser definidos como um dado pronto e estático, e sim, um permanente construir/redefinir pelos tempos⁶. Não se pode negar o caráter evolutivo, aquisitivo e gradual dos direitos fundamentais.

Esses duzentos e poucos anos de experiência constitucional da humanidade, trazendo inclusive a universalização do fenômeno do constitucionalismo, revelam-se como um processo de aprendizado a ser reflexivamente assumido. Sarlet (2004) afirma que:

[...] os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, principalmente na greco-romana e no pensamento cristão; [...] a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade; [...] do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina; [...] da doutrina estóica greco-romana e o cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus) (p. 44).

Até o séc. XV, o modelo comunitarista⁷ foi majoritariamente dominante. Entretanto, uma série de episódios levou-o à crítica e à progressiva superação pelo modelo liberal. Tal crítica deveu-se a duas características: seu caráter localizado, datado e estático. Pelo fato dos direitos fundamentais decorrerem da comunidade, representando sua estrutura, eles deveriam ser concebidos

6 Pode-se agrupar grande parte das diversas teorias sobre o fundamento de legitimidade do direito em dois grandes grupos: o Comunitarismo, cuja matriz é a obra de Aristóteles, e o Liberalismo, cuja grande matriz é a obra dos contratualistas modernos, em especial Locke. Ambos diferenciam-se pelo modo como concebem a relação entre a parte (o indivíduo) e o todo (a comunidade ou a sociedade), o que gera, conseqüentemente, grandes implicações e reflexos para a questão dos direitos fundamentais (GALUPPO, 2003).

7 O comunitarismo pressupõe uma primazia ontológica do todo sobre a parte, de modo que a parte não exista sem o todo. Segundo Habermas, para o Comunitarismo “os Direitos Humanos devem sua legitimidade à autocompreensão ética e à autodeterminação soberana realizada pela comunidade política” (HABERMAS apud GALUPPO, 2003, p. 218).

como direitos de uma comunidade⁸. Isso significava um entrave ao livre desenvolvimento do capitalismo, que necessitava da burguesia. Era essencial reconhecer os direitos fundamentais como universais, o que não era plausível dentro do marco Comunitarista. Além disso, todas as concepções comunitaristas pressupunham um conceito estático⁹ de universo, o que contrariava as idéias das Revoluções Científicas do séc. XV e XVI (GALUPPO, 2003).

O Direito e a organização política pré-modernos encontravam fundamento, em última instância, em um *amálgama* normativo indiferenciado e indissociado de Religião, Direito, Moral, tradição e costumes. Não se falava da existência de sistemas distintos e com organização própria e peculiar.

Para se compreender a gênese filosófica do Liberalismo, necessário se faz ligá-la ao desmoronamento do referencial aristotélico-tomista do séc. XV. A crise do séc. XV caracteriza-se como o “descentramento” do Ocidente. A Modernidade emergente caracterizou-se por não possuir mais um único centro orientador da ação, o que levou cada indivíduo a constituir-se como centro de sua própria ação e da sua própria vida. Nesse momento, formou-se a noção moderna de Sujeito e de Indivíduo¹⁰, ou seja, o ser humano ganhou autonomia e independência, desvinculando-se das ordens anteriores, tidas como sagradas e absolutas.

Cruz (2004), sobre o período de transição da Idade Média para a Idade Moderna e acerca do surgimento da *filosofia da consciência*, elucida

O caminho da consolidação do poder absoluto dos soberanos foi longo e obviamente cheio de retrocessos.

- 8 Não há, para o Comunitarismo, direitos universais, no sentido de transculturais e atemporais.
- 9 O movimento não era visto como regra e sim como exceção na cosmologia aristotélico-ptolomaica. Assim, como o universo físico era estático, também o universo social era concebido como estático, não havendo mudanças ou revoluções sociais, já que a legitimidade de uma ordem concentrava-se no entendimento de que “sempre foi assim” dos costumes e tradições. A visão era muito conformada com a situação existencial apresentada (SOUZA CRUZ, 2004).
- 10 O conceito moderno de Indivíduo foi criado por Descartes que, em sua obra “Meditações Metafísicas”. O autor preocupou-se em provar a existência (e imortalidade) da alma (e de Deus); o homem considerado em sua individualidade converteu em tema central da metafísica moderna, tornando-se a primeira certeza a partir do qual era possível conhecer o mundo circundante.

Mas o caminho que conduziu o homem à centralização do poder político semeou, ao mesmo tempo, o humanismo, o antropocentrismo e o individualismo. [...] Essa separação radical do homem e da natureza produziu a chamada filosofia da consciência, que distinguiu radicalmente o sujeito cognoscente do objeto cognoscível. [...] A humanidade estava na era das certezas, ou seja, num período de convicção que a razão poderia abrir as portas de todos os segredos do universo. A nova ciência repudiava a interferência de valores humanos ou religiosos, afastando, com isto, tudo que não fosse estritamente racional. Libertava a razão das amarras escolásticas da fé. Rejeitava argumentos absolutos e indiscutíveis, simplesmente por que emanados por certa autoridade. Essa nova visão de mundo consolidou-se culturalmente devido a quatro principais fatores:

- a) a Reforma Protestante,
- b) a consolidação do Capitalismo;
- c) a Revolução Científica
- d) o Racionalismo Filosófico (p. 55-56).

A Reforma Protestante apresentou-se como um desafio ao poder da Igreja que lutava para impor-se como única doutrina na Europa. Opunha-se radicalmente à visão tomista de que a Igreja seria o único intérprete autorizado das Escrituras Sagradas. Tal movimento defendia a igualdade aritmética entre os homens e questionou a visão teocentrista do catolicismo, defendendo uma postura antropocêntrica de contato direto do homem com Deus, realçando assim, o surgimento do individualismo religioso (CRUZ, 2004).

O individualismo expandiu-se também para o campo econômico com a desnaturação das relações feudais. Mudou-se a posição do homem na sociedade, desfocando o *status* decorrente de suas origens de classe ou estamento¹¹. O aquecimento do comércio, decorrente do fim das epidemias e das invasões bárbaras pelas Cruzadas e depois pelo descobrimento das Américas,

11 O Direito se apresentava como ordenamentos sucessivos, consagradores de privilégios de cada casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da ordem legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, compreendidos como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos (CARVALHO NETO, 2003).

assim como as revoltas camponesas e a centralização do poder político na figura do Rei, foram desmoronando-se e desfazendo a relação de submissão existente entre senhor e servo. O indivíduo começou a posicionar-se em função do seu trabalho e do valor que esse lhe conferia. O capital e o trabalho substituíram as relações feudais. Surgiram duas classes: a burguesia e o proletariado (CRUZ, 2004).

Com a Revolução Científica, a ciência desafiou a Igreja, que encontrava amparo no Estado, bastando lembrar a justificativa divina do poder absoluto e perpétuo dos Reis. Várias descobertas foram sendo levantadas e contrariavam o senso comum da época, tais como: a teoria darwinista da origem do homem¹², a concepção heliocêntrica, as demonstrações de Galileu Galilei, a Revolução Filosófica, etc. Inaugurou-se assim, reflexões científicas e filosóficas independentes e desarraigadas da fé. Descartes lançou as bases de uma ciência social, inclusive o Direito, desvinculado da religião (CRUZ, 2004) e o racionalismo metodológico cartesiano influenciou todo o pensamento jusnaturalista (Locke e Montesquieu) e contratualista (Hobbes e Rousseau).

Carvalho Netto (2004) analisa muito bem as transformações ora citadas

Seja como for, o relevante é que todos esses processos de mudança se integram em uma profunda alteração de paradigma. As instituições da moral individual racionalista, vistas como verdades matemáticas inquestionáveis, colocam em xeque a tradição, agora reduzida a meros usos e costumes sociais, que, para os homens da época, só podem ser explicadas como o resultado da corrupção histórica e que, assim, deviam ser alteradas pela imposição de normas racionalmente elaboradas pelos homens enquanto sujeitos da história, inaugurando ou remodelando um tipo recente de organização política, os Estados Nacionais, espaços laicos de definição e imposição dessas regras nacionais que deveriam reger impositivamente a organização e a reprodução social, a normatividade propriamente jurídica. O Direito, enquanto essa normatividade específica, diferenciada e decorrente de idéias abstratas consideradas verdadeiras por evidência, como analisa Marcuse, só poderia

12 Mesmo reconhecendo um deslocamento temporal, eis que a Revolução data a transição do século XV/XVI e a teoria darwinista da origem do homem é de 1870, coincidem relevante sua menção.

ser compreendido agora como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado. O que se produz mediante um processo de redução, em que o direito deixa de ser a coisa devida transcendentemente assentada na rígida e imutável hierarquia social da sociedade de castas, para transformar no Direito, ou seja, em um ordenamento constitucional e legal que impõe, à toda uma afluyente sociedade de classes, a observância daquelas idéias abstratas tomadas como Direito Natural pelo jusracionalismo (p. 31).

De suma importância para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII foram as doutrinas jusnaturalistas, de modo especial pelas teorias contratualistas.

O mundo antigo concebia um amálgama entre Direito, Moral e Religião. Descartes apartou a religião; Kant distinguiu o Direito da Moral e introduziu os princípios morais universais regentes da sociedade (CRUZ, 2004).

Conseqüentemente, surgem idéias revolucionárias, como a da liberdade individual e a da igualdade de todos que, embora diferentes em diversos aspectos, eram iguais diante da lei. Iguais no sentido de se apresentarem agora como proprietários, pelo menos, de si próprios, do próprio corpo, e, assim, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários (sujeitos de direito), devendo-se pôr fim aos privilégios antes estabelecidos (CARVALHO NETTO, 2004).

A linha evolutiva de direitos fundamentais apresenta nuances diversificadas em diferentes épocas e países. Por exemplo, na Inglaterra (século XIII - 1215), encontra-se o principal documento atinente à evolução dos direitos fundamentais: a *Magna Charta Libertarum*, pacto firmado entre o Rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses. Apesar de resguardar privilégios feudais apenas aos nobres ingleses (classe privilegiada), serviu de referencial para alguns direitos e liberdades civis clássicos. Destaque-se também, as cartas de franquia e os forais concedidos pelos reis portugueses e espanhóis (SARLET, 2004).

A positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode ser considerada como marco inicial dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo.

Acerca da divergência doutrinária sobre a paternidade/originalidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789), Sarlet (2004) entende que “[...] é a primeira que marca a transição dos direitos e liberdades legais ingleses para

os direitos fundamentais constitucionais” (p. 50). Outrossim, de suma importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), resultado da revolução que pôs fim ao antigo regime e instaurou a ordem burguesa na França. Ambas as declarações ora citadas possuem em comum a “[...] profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento” (SARLET, 2004). Em suma, tais episódios da humanidade marcaram o início de uma nova era, pois, foram absolutamente decisivos para a consolidação e juridicização dos direitos do homem.

Tais declarações refletiram diretamente na formulação do modelo liberal de legitimação dos direitos fundamentais, que propunha na preexistência do indivíduo ao todo (sociedade)¹³.

Essa configuração moderna dos direitos fundamentais amparou o surgimento do paradigma jurídico do Estado Liberal de Direito. Nesse ideário, prevaleceu a visão lockeana de direitos humanos identificada com a “liberdade dos modernos”. Tais direitos configuravam deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-los.

O Liberalismo, de cunho jusnaturalista e arraigado à concepção de direitos naturais, compreendia os direitos fundamentais como inerentes a todos os seres humanos, em face de sua própria natureza, sendo anteriores à sociedade. Por isso, gozavam de primazia face à sociedade e ao Direito, sendo exceção às pretensões do Estado. Logo, o Liberalismo concebia os direitos fundamentais como dados subjetivos, advindos da natureza do homem (GALUPPO, 2003).

Assim, a primeira “geração/dimensão”¹⁴ de direitos fundamentais, nascida no paradigma liberal, amparou-se na liberdade. Consolidou-se assim a

13 Exemplar nesse aspecto é a obra de Locke, que pressupõe que os homens têm uma existência individual na medida em que são livres e iguais em um Estado de Natureza. “No estado de Natureza, toda vez que um homem viola os princípios do direito natural, que prescrevem, anteriormente ao surgimento de qualquer sociedade, o dever de preservar a criação, sobretudo os homens, em sua integridade física, liberdade os posses, ele pode ser punido por qualquer outro homem” (GALUPPO, 2003).

14 Quando se falar em geração de direitos fundamentais deve-se ater ao raciocínio de que uma geração não se sobrepõe à outra de maneira que a posterior acabe com a anterior. Isto é, a trajetória dos direitos fundamentais consubstancia a realidade de que as gerações forem acrescentando-se; a posterior absorvia a anterior, sendo que releituras e reinterpretações dos direitos anteriores eram operacionalizadas. Assim, o termo geração não pode ser concebido como estanque, sem fluidez no tempo. Por isso, alguns doutrinadores preferem utilizar o termo dimensão.

liberdade de locomoção (um século depois do *Habeas Corpus Act* da Inglaterra); declarou-se a liberdade empresarial; afirmou-se a liberdade profissional; atestou-se a liberdade de expressão e a liberdade religiosa (extinguiu-se a censura às obras literárias, artísticas e científicas feitas pela Igreja). Foram declarados os direitos políticos com a participação da vontade popular e a construção da soberania (CRUZ, 2001).

A consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, foram essenciais para a ascensão da burguesia e declínio da nobreza. Tais modificações criaram terreno fértil ao florescimento do regime capitalista, pois denotava segurança e previsibilidade, essenciais às relações econômicas.

Na esfera econômica, ressalta-se a contribuição fisiocrata de François Quesnay e o liberalismo econômico de Adam Smith, prevalecendo a máxima *laissez faire, laissez passer*, expressando o Estado mínimo e focado na segurança pública (CRUZ, 2001). Assim sendo, o Estado ausentava-se da esfera econômica, que permanecia “livre” das intervenções estatais e apta ao seu livre desenvolvimento.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais eram concebidos como limites à atuação dos governantes, em face da liberdade dos governados. Pode-se dizer que eles demarcavam um campo no qual a interferência estatal não era permitida, estabelecendo assim, uma separação entre a sociedade civil e o Estado. Dentro da dicotomia público/privado, a superioridade marcava o segundo, que decorria da afirmação do indivíduo ante o grupo e o Estado. O Direito Público representava os direitos fundamentais como limites à atuação estatal, e o Direito Privado a autonomia da vontade (SARMENTO, 2004).

Na sociedade política, os interesses gerais deveriam prevalecer mediante a atribuição de sua identificação e guarda aos membros dessa “melhor sociedade”, àqueles cultural e economicamente superiores. A “razão prática kantiana” guiava o estabelecimento mínimo de leis gerais e abstratas, pois a liberdade consistia em fazer tudo aquilo que as leis não proibiam. Logo, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades e potencialidades. A sociedade civil era o espaço no qual as propriedades deveriam ser desenvolvidas, não importando quão desiguais eram em termos materiais (CARVALHO NETO, 2004).

O ordenamento jurídico impunha limites universais negativos, restringindo o Direito a regras que delineavam o espaço de liberdade dos indivíduos. As idéias jusnaturalistas, que alcançaram o ápice e posituação no ordenamento jurídico, foram superadas. Surgiu-se então o Positivismo Jurídico, que compreendia o Direito como a lei ditada pelo Estado, enfatizando assim, o formalismo jurídico (SARMENTO, 2004).

A vivência das idéias abstratas de liberdade e igualdade logo produziu à negação das mesmas. Carvalho Netto (2004) bem disciplinou a questão

A liberdade e a igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto, as revoluções industriais e uma disseminação de miséria também sem precedentes. Idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelo direito de voto, pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, com a pretensão de um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdências sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer (p. 34).

As liberdades negativas necessitavam de condições mínimas de existência (liberdades positivas), ou seja, uma precisava da outra para a sua efetiva realização. Na primeira metade do século XIX, Robert Peel¹⁵ editou na Inglaterra as primeiras normas sociais, visando proteger o trabalhador e reduzir os impactos da Revolução Industrial sob a classe operária. Em 1917, sob a influência das idéias marxistas, eclodiu a Revolução Russa (SARMENTO, 2004).

O direito de sufrágio começou a ser alcançado por um grupo maior de cidadãos/ membros da sociedade, gerando assim demandas por mudanças no ordenamento jurídico. Isto é, a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento foi rompida e começou-se um processo de inclusão no cenário político, vislumbrando-se as necessidades das classes antes excluídas (SARMENTO, 2004). Começou-se um processo de “abertura” dentro do cenário político, e, conseqüentemente, os conceitos de soberania popular e cidadania foram adquirindo novos contornos e perfazendo novos caminhos dentro da sociedade.

15 Robert Peel foi primeiro-ministro e ministro da justiça do Reino Unido (Inglaterra), tendo sido responsável, em 1829, pela criação da famosa Polícia Metropolitana de Londres (PML), também chamada “Scotland Yard”, em virtude de ter sido no endereço “Scotland Yard” que a PML foi primeiro instalada fisicamente.

Mudanças profundas de várias ordens e classes começaram a se operacionalizar e com elas surgiu um novo paradigma constitucional de Estado: o Social ou Bem-Estar Social.

Sendo assim, na virada para o século XX, houve a consagração de novos direitos e reinterpretação dos já existentes, que exigiam do Estado a promoção e realização de tarefas/políticas públicas destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população, tais como direito à saúde, à previdência, à educação, etc.. Estes direitos apareceram primeiramente nos textos constitucionais do México (1917) e Alemanha (1919) (SARMENTO, 2004). Ou seja, o Estado não poderia mais se abster da realização de assistência social, isto é, esta esfera começou a “gritar por socorro” no bojo da sociedade.

Assim, houve uma ampliação do feixe de direitos fundamentais. Essa segunda geração/dimensão de direitos fundamentais impôs ao Estado uma mudança de postura face à sociedade e aos cidadãos, pois deveria assumir uma atuação mais ativa no cumprimento de suas funções. Assim sendo, os direitos da primeira geração/dimensão foram reinterpretados e readaptados à realidade circundante e acrescidos dos demais direitos decorrentes. Agora, o leque dos direitos fundamentais compreendia os direitos individuais, políticos, econômicos e sociais¹⁶ (SARMENTO, 2004).

Acrescente-se também a necessidade de criação de mecanismos para evitar os abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia mais conter. Do mercado livre e sem regulamentação, surgiram monopólios e oligopólios, ofensivos à livre concorrência consagrada no paradigma liberal de Estado. Assim, o sistema capitalista precisava de uma posição mais ativa do Estado na seara econômica, disciplinando e contendo as forças de mercado. O Estado negativo, voltado para as questões de segurança e resguardo da liberdade de seus cidadãos, amplia suas atribuições e muda de postura face ao mercado e aos seus cidadãos¹⁷ (SARMENTO, 2004).

16 Importante salientar a inexistência de hierarquia entre os direitos individuais e os sociais e econômicos, formando assim um conjunto uno e indivisível. A liberdade individual é utopia sem um mínimo de igualdade social; a igualdade social imposta com sacrifícios aos direitos civis e políticos engendra novos privilégios econômicos e sociais.

17 Para um estudo aprofundado acerca da evolução dos direitos fundamentais, ver MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional – Tomo I*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002 (especificamente em seu primeiro capítulo).

A consagração desse novo modelo de Estado operacionalizou-se realmente com a crise do capitalismo no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo apogeu consistiu no colapso da Bolsa de Nova York em 1929. A grande depressão evidenciou a necessidade de intervenção estatal na área econômica¹⁸. Tal intervencionismo mudou o contorno de diversas áreas: o Direito do Trabalho desmembrou-se do Direito Civil e o Direito Privado sofreu limitações, principalmente no princípio da autonomia da vontade das partes, que ficou condicionada ao interesse da coletividade (SARMENTO, 2004).

Não se pode negar o fato de que os direitos sociais apresentam maiores dificuldades para a sua implementação e concretização do que os direitos liberais. Em razão de sua natureza assistencialista e prestacional, eles carecem da utilização de recursos públicos para a sua afirmação e consecução. Por isso, a maioria das normas que disciplinavam os direitos sociais possuía viés programático. Os dispositivos constitucionais atinentes à questão, na verdade, não possuíam efetividade social. Conseqüentemente, aumentou-se a atuação regulamentar do Estado, que disciplinava, juridicamente, os mais variados campos da vida social (SARMENTO, 2004). O Estado quis atrair para si o controle total da sociedade e a solução de todos os seus problemas. Não obstante, tal intenção não obteve o êxito esperado. O Estado não conseguiu ser o “super-homem” que pretendia ser!

O Poder Executivo fortaleceu-se e ganhou força. Assim sendo, o Executivo absorveu parcela dos poderes normativos antes legado ao Legislativo, que teve suas competências estreitadas no Estado Social (SARMENTO, 2004). Pode-se afirmar que os cidadãos tornaram clientes do Estado, convertendo a relação de cidadania numa relação paternalista. O cidadão transformou-se em consumidor e assumiu uma postura mais passiva ante as situações que perpassavam sua situação na sociedade.

A mudança de atuação do Estado refletiu diretamente nos textos constitucionais. As Constituições no Estado Liberal, que traçavam a estrutura básica do Estado e visavam à garantia dos direitos individuais, passaram a disciplinar uma diversidade de assuntos no seio da sociedade. A Constituição não é mais somente a Lei do Estado, e sim o Estatuto Fundamental do Estado e da Sociedade.

18 Neste cenário, difundiram-se as idéias do economista inglês John Maynard Keynes, que propunha um papel ativo do Estado no cenário econômico, na busca do pleno emprego, condenando a livre condução do mercado. Não obstante, tais ideais influenciaram o Presidente norte-americano Roosevelt, cuja consequência foi a elaboração do New Deal (SARMENTO, 2004).

Pode-se dizer que houve um aprofundamento dentro das funções outrora definidas para o campo constitucional (SARMENTO, 2004).

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o modelo de Estado Social começa ser questionado, conjuntamente com os abusos ocorridos nos campos de concentração e com a explosão das bombas em Hiroshima e Nagasaki, bem como pelo movimento *hippie* da década de sessenta. Ressaltem-se também as crises do petróleo.

Magalhães (2002), pertinente à crise que se abateu, aduz

Com a crise econômica há uma diminuição da arrecadação tributária. [...] Mas a crise profunda diminui a capacidade do Estado de responder à crescente demanda social, estando mais frágil justamente quando é mais requisitado. Este é o momento de penetração da proposta neoliberal já presente como uma crítica ao Estado Social desde o pós-guerra. Os neoliberais apresentam uma solução para a crise que o Estado Social, naquele momento, não era capaz de superar. Para superá-la era necessário criarem-se as condições para acumulação e expansão do capital, com a posterior criação de riquezas e empregos (p. 71).

O processo de globalização econômica aumentou a crise ora narrada. Sobre a questão dispõe Sarmiento (2004)

Na verdade, a exclusão, no contexto do neoliberalismo globalizado, é ainda mais cruel do que no Estado Liberal, pois naquele, as forças produtivas necessitavam de mão-de-obra para a produção da mais valia. Hoje, com os avanços da automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável. Enfim, a globalização vem alimentando o processo de esfalecimento do Estado Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar, de modo soberano, os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida de cada comunidade política (p. 399).

Além disso, acrescenta-se o fato histórico da derrocada do comunismo, simbolizado pela queda do Muro de Berlim, eliminando assim, uma das ideologias rivais que se defrontavam e disputavam espaço num mundo então bipolar.

Todos esses eventos provocaram, outra vez¹⁹, um processo de aprendizado geracional e difuso. Por isso, o pensamento de Carvalho Netto (2003) esclarece muito bem tal premissa

O grau de complexidade que a doutrina constitucional passa a ter de incorporar para responder aos novos desafios é imenso. A própria garantia política de participação na *polis* também é uma exclusão de muitos da própria *polis*, podendo atingir graus racionalmente insustentáveis como o nazismo, o fascismo e o comunismo, como estados burocráticos de massas demonstraram. Forma e matéria não podem ser enfocados como em uma relação de contradição. Se são dimensões distintas e mesmo contrárias, elas não são contraditórias entre si, mas complementares, co-originárias e equiprimordiais²⁰ (p. 150-151).

As sociedades complexas comportavam relações intrincadas e fluidas. Surgiram, então, os direitos de terceira geração/dimensão, os interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor, da criança e do adolescente, dentre outros. São direitos cujos titulares não podem ser claramente determinados no momento da ocorrência do dano. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano, foi no mínimo negligente em sua atuação, criando uma situação difusa de risco potencial para a sociedade. (CARVALHO NETTO, 2004).

Logo, a relação entre o público e o privado foi novamente adaptada e remodelada. As associações da sociedade civil cresceram, ganharam repercussão e passaram a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissão.

Os direitos fundamentais ganharam novos contornos e significados. Os de primeira geração/dimensão foram reinterpretados como direitos de participação no debate público que consubstancia a soberania democrática de

19 Outra vez porque, no momento de transição do paradigma liberal para o social, tal aprendizado também aconteceu.

20 O conceito de paradigma incorpora, na ciência, a compreensão da impossibilidade humana de um conhecimento absoluto, de um saber total, perfeito e eterno, justamente pelo fato do inafastável e constitutivo enraizamento social e histórico-cultural.

um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito, marcado pela suas características pluralista, participativa e aberta (CARVALHO NETTO, 2004).

Neste diapasão, verifica-se que um incremento, um *plus* no que tange à postura do aplicador da lei e do responsável pela tutela jurisdicional. Desse modo, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário deve tomar decisões que satisfaçam a exigência de crença tanto na legalidade (entendida como segurança jurídica), como na “certeza” do Direito, no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. As normas gerais nem sempre são aplicáveis a todos os casos, e sim àqueles que sejam capazes de reger sem resíduo (?) de injustiça. Todo caso é complexo e deve ser encarado como um *hard case*; as situações concretas envolvem pretensões a direitos, e, dessa maneira, o trabalho judicial é imprescindível para que a sociedade artificial, sem fundamento, possa ser crível pelos seus membros e co-partícipes. A fundamentação da decisão deve apresentar consistência, e assim, convencer racionalmente a parte cuja pretensão não foi acolhida (CARVALHO NETTO, 2004).

IV – Hermenêutica pós-positivista

A análise empreendida pela Teoria Discursiva do Direito é de suma importância para o enfoque do debate sobre a constitucionalidade da antecipação terapêutica de fetos anencéfalos, pois reconhece que a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas de Direito, de pré-compreensões a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito face às situações concretas.

A complexidade do mundo da vida requer a contextualização da hermenêutica pós-positivista, para que possa ser devidamente analisada e interpretada face às exigências constitucionais democráticas. Tal se faz necessário em decorrência da importância de se levar os direitos a sério na análise de uma sociedade hipercomplexa como a atual.

Toda interpretação, bem como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas²¹, um pano de fundo de mundos da vida compartilháveis, que não podem ser colocados em parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, pois, o ser humano não pode

21 Para um aprofundamento dentro da noção de paradigmas, ver KHUN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas.

negar-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem. Logo, não seria diferente no caso da anencefalia: a sua interpretação requer uma devida compreensão dos princípios constitucionais, assim como a devida densificação dos mesmos.

Por isso, a atividade de interpretação jurídica não se dá, como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica e requer a realização de uma interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar/desvelar o verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou intentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob a égide de tradições e mundos da vida compartilhados (OLIVEIRA, 2001).

Não há um método ou métodos capazes de revelar o verdadeiro significado de uma norma jurídica, pois nenhum método é instrumento neutro e apto o suficiente a superar a sua própria condição de obra humana, histórica e datada.

Outrossim, também não há, como propôs Hans Kelsen²², em falar das interpretações possíveis. Mas, tão somente de interpretações possíveis, segundo este ou aquele paradigma de Direito, refletido pela própria ordem jurídica em questão, bem como sob a esteira deste ou daquele caso concreto.

Os conflitos que podem existir no momento de aplicação, ou seja, a possibilidade de várias interpretações possíveis de dispositivos normativos, podem e devem ser solucionados, mas não de maneira *decisionista* ou *discricionária*, mas tendo-se em vista os próprios elementos relevantes do caso concreto. E, o caso em epígrafe, configura muito bem tal situação, isto é, enseja diversas interpretações concorrentes, pois, via de regra, o caso em si não é tomado como o condutor para da decisão adequada, e sim as emoções permeantes.

É imperativo de justiça pós-convencional considerar as diferenças, enfrentar, da perspectiva de um Direito que se quer legítimo e efetivo, as contingências do mundo da vida. É necessário romper tanto com o Positivismo que desconsidera a questão jurídica da justiça, quanto com um Realismo que a advoga a impossibilidade de certeza, ainda que procedimental, do Direito (OLIVEIRA, 2001). Por isso, a análise da anencefalia requer o estudo e assentamento da hermenêutica pós-positivista, bem como de seu elemento central: a questão principiológica.

22 Ver Kelsen (1987) o último capítulo da Teoria Pura do Direito, acerca da interpretação.

A atividade hermenêutica ou interpretativa do juiz, em cada momento da história, isto é, em cada modelo de Estado Constitucional, apresenta uma concepção distinta e com nuances diversificadas.

Logo, grande e significativa foi a transformação dessa atividade, bem como a exigência de mudança de postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais este hauriria a norma, mas inclusive ante ao caso concreto, aos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito, mister se faz uma abertura interpretativa face aos casos concretos levados a juízo. Isto se explica pelo fato de que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa de que um mero conjunto hierarquizado de regras, em que se amparava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, pois capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen (1987) como a estrutura das normas jurídicas: “Se é A, deve ser B”. Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura.

A principiologia, assim como a atitude reflexiva concretista, tem sido vista como elemento central da hermenêutica pos-positivista²³.

Segundo Carvalho Netto (2004), os princípios “operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*” (p. 40).

De suma importância se mostra a interpretação principiológica para o caso. Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, as tentativas de se conceber a Constituição como um sistema absolutamente coerente se frustram²⁴. Na verdade, o pluralismo constitutivo das modernas democracias, indica que os

23 O trabalho enfocara esse aspecto da hermenêutica pó-positivista, não obstante existirem outros aspectos importantes acerca desse viés hermenêutico.

24 A proposta de Bachhoff, para a qual as possíveis antinomias entre normas constitucionais devem ser resolvidas pelo reconhecimento de que há uma hierarquia entre as normas constitucionais, e, portanto que, a partir do conceito de Constituição material, seja possível declarar normas contidas na Constituição como inconstitucionais, conferindo-lhe consistência e coerência não se coaduna com a perspectiva do presente trabalho (BACHHOFF, 1994).

princípios jurídicos, inclusive aqueles contidos na Constituição, não precisam ser concebidos como harmônicos e coerentes no contexto de sua aplicação. Muitas vezes, eles denotam diferentes projetos de vida, presentes em uma mesma sociedade, e o intérprete que pretenda realizar o tipo de justiça inerente ao Estado Democrático de Direito, deve levar a sério esta diversidade presente (CARVALHO NETTO, 2004).

Os princípios, ao contrário das regras, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. Dessa maneira, subsistem no ordenamento jurídico princípios contrários que estão sempre em concorrência para reger determinada situação concreta. Por isso, de suma importância se faz a atividade interpretativa do magistrado às especificidades do caso concreto, pois, dessa forma, encontrará a norma adequada a reger o caso concreto (GÜNTHER, 2000).

Dentro dessa perspectiva, pode-se classificar o estudo da principiologia jurídica em três estágios distintos: o clássico, o moderno e o contemporâneo. O paradigma clássico ignora ou concede um papel secundário aos princípios jurídicos; O moderno assume a juridicidade dos mesmos e os coloca em posição de destaque no ordenamento jurídico em função de sua abstratidade, generalidade, abertura textual, tornando-os fundamento axiológico do Direito; O contemporâneo reafirma a distinção entre princípios e regras a partir do giro lingüístico, no sentido de construção de bases pós-positivistas para o Direito (CRUZ, 2007).

Pode-se dizer que Ronald Dworkin inaugurou o paradigma contemporâneo da teoria dos princípios, buscando proceder a distinção por meio do modo de operação/aplicação das regras e dos princípios. Nesse sentido, Dworkin²⁵ foi o primeiro a empreender tal esforço e o fez na década de 1960 (CRUZ, 2007).

Para Dworkin (2002a)

A distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à

25 Para melhor compreender o autor, mister se faz delinear o seu objetivo de superação das diferentes formas da hermenêutica judiciária tributárias do positivismo jurídico, do utilitarismo ou de algumas variações originais da common law norte-americana, o convencionalismo e o pragmatismo.

natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão de peso ou importância. [...] As vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se a quase uma questão de forma (p. 39-44).

Alexy (1997), amparado na teoria dworkiana, também constrói uma distinção entre princípios e regras no âmbito da aplicação normativa. Entretanto, sua teoria não pode ser equiparada à teoria do autor norte-americano. Assim dispõe o primeiro

Tanto las reglas como los principios son normas jurídicas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas” (p. 83).²⁶

Desse modo, os princípios se distanciariam das regras por assumir uma dimensão de peso pela qual seria impossível ao intérprete fixar de antemão suas consequências normativas. Assim, o eventual choque principiológico se resolveria pela “lei de colisão”, por meio da qual, partindo-se da ponderação de

26 “Tanto as regras como os princípios são normas jurídicas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deónticas básicas de mandato, permissão e proibição. Os princípios, iguais as regras, são para juízos concretos de dever ser, embora suas razões sejam de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas” (Tradução livre).

valores²⁷, busca a formulação de regras de prevalência que permitiriam que os princípios viessem a ser tratados deontologicamente, ou seja, sob a ótica do tudo ou nada (CRUZ, 2007).

As regras, por outro lado, seriam normas jurídicas que expressariam mandados definitivos, eis que mero exame subsuntivo permitiria verificar o enquadramento (ou não) de suas premissas hipotéticas ao caso (CRUZ, 2007).

Alexy (1997) atesta a existência de diferenças entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo *prima facie*. [...] Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. [...] Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo²⁸ (p. 99).

27 "Quanto à obrigação, os princípios vão requerer um exame das possibilidades fáticas para a sua aplicação, ligando a lei da colisão aos sub-princípios da adequação e da necessidade. Já o problema das possibilidades normativas, Alexy formula sua conhecida lei de ponderação, pela qual 'quanto maior seja o grau de prejuízo no tocante ao cumprimento e observância de um princípio, maior deverá ser o grau de importância para o adimplemento do outro'(CRUZ, 2007, p. 224).

28 "Os princípios ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contém mandados definitivos e sim *prima facie*. [...] Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas.

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas ordena, contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. [...] Por isso, poderia pensar que todos os princípios têm o mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo". (Tradução livre).

Para Alexy (1997), o conflito de regras se dá na dimensão de validade, enquanto que o conflito de princípios na dimensão de peso. Esta idéia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista a sua hierarquização. Não uma hierarquização absoluta, mas uma hierarquização que leva em consideração o caso concreto, realizada pelo procedimento de ponderação dos princípios envolvidos na situação.

Alexy preocupa-se em encontrar mecanismos racionais de ponderação e repele as teorias decisionistas do Direito e o conceito de discricionariedade, postulados pelo positivismo jurídico (GALUPPO, 2002). Além disso, em sua argumentação, Alexy (1997) pretende demonstrar que o conceito de princípio não se confunde com o conceito de valor. Via de regra, os tribunais utilizam esses dois termos como sinônimos, mas, segundo o autor, a distinção entre princípio e valor conduz à distinção entre Deontologia e Axiologia. Assim aduz: “Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico”²⁹ (p. 99).

Assim sendo, vislumbra-se que a posição adotada por Dworkin encontra-se em uma seara bem distinta da delineada por Alexy³⁰. Quando Dworkin fala em “dimensão de peso” para a aplicação dos princípios, ele não se subjaz à lógica do preferível; para o autor, ponderar significa refletir, avaliar, pensar, isto é, procurar ser honesto para consigo, para com a história de vida e de uma “comunidade de princípios” diante de um caso³¹.

- 29 “Os princípios são mandados de um determinado tipo; são mandados de otimização. Estes mandados pertencem ao âmbito deontológico. Já os valores têm que ser incluídos no nível axiológico” (Tradução livre).
- 30 O que se deve destacar quanto à ponderação de valores defendida por Alexy é que a técnica ameaça a legitimidade do Direito por supor que a aplicação do Direito se dê nos mesmos patamares e limites da aplicação da moral, de forma a fundir os discursos de justificação e aplicação em um mesmo amálgama.
- 31 A escola habermasiana assume uma leitura de Dworkin completamente afastada daquela realizada pelos adeptos da ponderação de valores. O argumento de Habermas é o seguinte: ao se considerar os valores como fundamento das ações humanas, assume-se uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental. Isto porque os argumentos com base em valores levam em consideração não o que é correto, e sim aquilo que é bom para que determinada comunidade realize seus próprios fins. Entretanto, nem sempre aquilo que é bom é aquilo que é devido, e, uma perspectiva axiológica implica sempre uma hierarquização relativa a uma comunidade, pois aquilo que é o melhor para uma comunidade não é necessariamente o melhor para outra, sendo assim, uma fundamentação histórica e não racional.

Ao contrário de Alexy (1997), Dworkin (2002a) alega que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, um conflito resolvido pela maior aplicação de um e não-aplicação de um outro princípio, orientadas pela sua hierarquização, mas de vislumbrar que os princípios são normas que podem se excepcionar reciprocamente nos casos concretos, uma vez que nem sempre podem ser aplicados. É claro que isso ocorre quando houver fundamentação suficiente do ponto de vista argumentativo. Mas, efetivamente, os discursos de aplicação podem apresentar tal fundamentação e, desta maneira, reduzir a indeterminabilidade contida em toda e qualquer norma principiológica (ALEXY; DWORKIN *apud* GALUPPO, 2002).

No que tange à questão, Habermas³² apóia-se na teoria de Dworkin e critica a inconsistência e os problemas internos e externos da teoria alexyana, no que será seguido por Klaus Günther. Para esses dois autores, Alexy esvazia o caráter normativo dos princípios, entrando em contradição com a compreensão deontológica do Direito que pretende defender (HABERMAS *apud* GALUPPO, 2002).

32 “Segundo Habermas, foram exatamente os escritos de Alexy (1993) – principalmente em sua obra **Teoria dos direitos fundamentais** – que o levaram a estender o alcance da teoria do discurso, que originalmente fora concebida para o plano da moralidade e para o campo do Direito. Para tanto, Habermas (1997) reconstrói seu pensamento em sua monumental obra **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade, em que ‘redescobre’ o Direito, conferindo-lhe um papel nobre na regulação e integração social. No cerne de sua teoria, Habermas, não abre mão de uma visão deontológica do Direito que opera – e aí acorde com Niklas Luhmann –, a partir do código binário lícito (+) / ilícito (-). Com isso, a postura de Alexy de compreender os princípios como mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, priva os Direitos dessa dimensão deontológica – algo devido – por rebaixá-los ao patamar dos valores dos fins e argumentos de política, à medida que a forma como vislumbramos nossos valores, e decidimos o que é bom para nós, o que é melhor para determinado grupo – em determinado contexto – muda a cada dia. Assim, o fato de se reduzir direitos a valores pode levar ao sacrifício desses Direitos em prol de objetivos ou metas coletivas” (FERRAZ, 2007, p.143).

Habermas (2004a)³³ entende que a maneira pela qual Alexy concebe as leis de colisão e a de ponderação coaduna uma concepção axiológizante do Direito, pois a ponderação, dentro da teoria dos princípios jurídicos como mandatos de otimização, só é possível porque se pode preferir um princípio a outro, o que só faz sentido se eles forem concebidos como valores.

Além disso, quando Alexy tenta resolver o problema dos conflitos entre os princípios, ele adota um procedimento típico da axiologia. Ainda que alegue que a precedência de um princípio seja condicionada pelo caso concreto, Alexy afirma ser possível, ainda que apenas no caso, estabelecer uma hierarquia entre os princípios, mesmo que tal escalonamento não assuma um caráter sistemático absoluto e só possa ser apresentada posteriormente à ocorrência do caso concreto.

Assim, Alexy confunde normas com valores. Sobre a diferenciação existente Habermas (2003a) elucida

Normas e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de

- 33 “Por fim, resta dizer que Habermas (2004a) rejeita particularismos e defende ser possível e necessária a busca da correção (‘verdade’) discursiva dos juízos normativos que transcenda os contextos específicos ou localizados de justificação, exatamente em função das noções de construtivismo moral e de ‘naturalismo fraco’, em que a crença na possibilidade de que decisões posteriores sejam melhores que as anteriores não cinge-se a questões naturais - como imaginava Darwin - mas sim levam em conta a intervenção humana em um processo de aprendizagem em relação aos erros do passado. Essa perspectiva universalista que sempre acompanhou sua teoria, representa, ao final, a crença em uma racionalidade não instrumental que ultrapassa as fronteiras do Estado Nacional. A visão de Alexy, no entanto, não consegue dar esse passo além, exatamente por ainda ficar preso a uma visão etnocêntrica, à medida que, ao considerar que as normas jurídicas podem ser justificadas não apenas a partir de pontos-de-vista morais, mas também em termos de objetivos políticos e valores éticos, faz com que elas estejam [...] atreladas somente a uma comunidade de pessoas espaço-temporalmente limitadas”.

Sendo assim, mesmo que não deliberadamente, valida-se o trunfo da irrazão sobre a razão, do agir utilitário sobre a verdade universal, bem ao estilo de autores como Rorty, Derrida, Lyotard” (FERRAZ, 2007, p. 148-149).

validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer (p. 311).

Logo, fórmulas matemáticas não condizem com a “entropia” própria da dinâmica da análise zetética e concretizada da hermenêutica pós-positivista. Além do mais, é preciso lembrar que a “proporcionalidade”, tal como por ele concebida, traduz-se em um método apriorístico, fato que contraria a perspectiva heurística de verdade como processo de aprendizagem. De regra, ele se esquece que o “método” deve ser substituído pela compreensão (em sentido gadameriano).

Feitas tais considerações sobre a dicotomia e a diversidade de posicionamentos sobre a mesma, pode-se afirmar que a hermenêutica, amparada no pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, bem como na exigência de Integridade do Direito³⁴, não se preocupa em demonstrar quais os princípios que concorrem para a solução de um caso e a forma melhor de hierarquizá-los de modo a prejudicar o menos possível aquele que for afastado. O trabalho hermenêutico arrima-se em procurar a solução mais adequada ante as circunstâncias relevantes do caso concreto.

Pode-se afirmar, contudo, que várias são as tentativas, ou as teses doutrinárias dentro da taxionomia entre normas *prima-facie*. Sobre a questão, Cruz (2007) elucida

[...] todas as tentativas de examinar uma taxionomia entre normas *prima facie*, incluindo aqui aspectos ligados à densidade normativa, grau de abstração, abertura conceitual, generalidade, jusfundamentalidade dentre outras, representam uma grave aporia na teoria de Dworkin, eis que admitem/pressupõem aquilo que ele pretende afastar: uma diferenciação morfológica das espécies normativas.

34 Integridade é um conceito central na teoria de Dworkin, responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico. Integridade é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (DWORKIN, 1999) e se relaciona diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade e de igualdade. Assim, uma decisão é justa, isto é, respeita a Integridade do Direito, se fornece a resposta correta ou adequada para o caso concreto.

Dessa maneira, a concepção dworkiana deve ser compreendida mais como a demonstração de um hiato entre, de um lado, uma hermenêutica positivista - o modelo de regras -, com traços de instrumentalização da linguagem típicos da filosofia da consciência, subsuntiva, silogística, mecânica, e, de outro, a hermenêutica contemporânea que incorpora todos os ganhos da virada lingüística - o modelo de princípios. Eis aqui a grande contribuição de Dworkin!(p. 241-242).

O modelo de princípios é um modelo hermenêutico e não uma forma de classificação de espécies normativas em que se distinguem princípios das regras. Logo, a admissão do Direito como Integridade, a estruturação de uma “comunidade de princípios”, a abertura e a construção do direito ao caso concreto coadunam-se melhor com o pensamento de Cruz (2007), que

A nosso ver, seria mais consentâneo reconhecer que todo ordenamento jurídico contém tão somente normas *prima facie* vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso concreto para se tornarem uma norma jurídica definitiva. É, assim, na forma de aplicação do Direito, que subjaz a distinção preconizada por Dworkin e acatada por Günther (p. 242-243).

E ainda complementa dizendo:

Assim, a Escola Hermenêutica não se dá conta de que não há uma “essencial diferença” entre as espécies normativas para que a interpretação se dê em bases pós-positivistas simplesmente porque são todas elas textos normativos (p. 244).

Günther (2000) aduz:

O critério de acordo com o qual nos orientamos quando sopesamos normas colidentes não pode ter, por sua parte, um conteúdo material predeterminado com o qual se dê prioridade a certos pontos de vista normativos sobre outros. O conceito alexyano de princípios como comandos

otimizáveis desde já desperta nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, nesse momento, um modelo de valores é projetado numa teoria da estrutura normativa. A decisão acerca da norma adequada é então reduzida a se decidir acerca de um estado de coisas relativamente melhor, o qual é ainda o ótimo numa situação particular. O problema aludido consiste no perigo da já introdução de critérios materiais quando da determinação da estrutura da argumentação, critérios os quais deveriam, eles mesmos, ser sujeitos a uma argumentação de adequabilidade. Um conceito procedimental de adequabilidade, ou uma aplicação procedimental de normas, teria que evitar o uso de tais critérios materiais implícitos. Se adequabilidade consiste em se considerar todos os elementos de uma situação, então o método de consideração não pode ser, por sua parte, determinado por critérios materiais (*apud* OLIVEIRA 2001, p. 240-241).

IV – Considerações finais

Depois de retrabalhar a questão dicotômica entre princípios e regras, importante se faz ressaltar a questão hermenêutica da decisão judicial. Sabe-se que esta se dá como solução de um litígio concreto e envolve igualmente a interpretação dos fatos que permeiam uma situação de aplicação única e irrepetível.

Por isso, no âmbito dos discursos de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o Direito vigente, mas para tanto, ele tem que ter a capacidade de se colocar no lugar de cada um dos envolvidos na situação, de ver a questão sob todas as óticas possíveis e assim, proceder racionalmente à escolha da única norma adequada à complexidade de toda a situação de aplicação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BAUMANN, Zygmunt. **A modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rei, 2003.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Caderno da Escola do Legislativo - Direito, Filosofia e Interpretação**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 27-71, jan./jun, 1997.

_____. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. *Direito Público*. **Revista Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 1, v. 1, p.101-115. jan./jun 1999.

_____. Prefácio. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **A filosofia do Direito na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria de argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o constitucionalismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral**: justificação e aplicação. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Uma concepção normativa de coerência para a teoria da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, jul/dez. 2000.

_____. **A ética do discurso e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fonte, 2004.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1-2.

_____. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. Rev. da trad. Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Reply to Symposium Participants at the Benjamim N. Cardozo School of Law**. In: Cardozo Law Review, março, Trad. alemão-inglês William Regh; trad. Inglês-português Menelick de Carvalho Netto, 1996.

_____. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Três modelos normativos de democracia. Trad. do espanhol por Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. In: **Lua Nova, Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 36, 1995.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Porto: Porto, 1995.

_____. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.

Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004c.

_____. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional:** no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a.

_____. Prefácio. *In*: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos Direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Ética discursiva e ética iluminista:** mal-estar na modernidade. Ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teoria discursiva. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.