

MÁRCIO BARBOSA ZERNERI

UM ENSAIO SOBRE HERMENÊUTICA: A INDETERMINAÇÃO DO
DIREITO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE DA
JURISDIÇÃO EM HABERMAS

Resumo

No presente trabalho retratou-se uma visão panorâmica da crítica habermasiana ao direito constitucional e uma possível correlação com aspectos da obra de Maria Helena Diniz e Miguel Reale sobre os problemas que enfrentamos na interpretação constitucional brasileira.

São Paulo

2012

INTRODUÇÃO

VISÃO DE MUNDO

Nenhum trabalho de análise constitucional pode prescindir de uma apresentação ainda que panorâmica das principais teorias hermenêuticas e conseqüentemente da visão de mundo do seu autor.

Nesse contexto, entende-se que na última década, o papel da linguagem e do discurso jurídico, tem sido importantíssimo no enfrentamento dos problemas sistêmicos. Muitos foram os pensadores que contribuíram para o seu fortalecimento no âmbito da hermenêutica jurídica.

Dentre eles, no cenário internacional, destacou-se o filósofo HABERMAS, que inicialmente analisou a fundo as propostas do liberalismo e do republicanismo, com ênfase nas questões éticas e políticas que emergem desses paradigmas e atualmente dedica sua atenção ao estudo de outro ramo da filosofia prática, que é o Direito. A profundidade com que o autor alemão vem analisando o sistema constitucional europeu, tem chamado a atenção de juristas e filósofos brasileiros, interessados em uma hermenêutica constitucional que possa garantir e aprimorar as bases do estado democrático de direito no Brasil, fragilizado pela crise institucional que se instaurou na última década em nosso sistema político-jurídico.

Com relação ao pensamento habermasiano, enfatizou-se o capítulo V do livro “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, onde o autor revisa as correntes tradicionais da hermenêutica jurídica, a teoria dos direitos de RONALD

DWORKIN e concretiza a sua proposta de uma hermenêutica constitucional capaz de mediar a tensão na relação povo-estado.

No cenário pátrio, destacou-se o trabalho da professora MARIA HELENA DINIZ e MIGUEL REALE, que disseminam à luz jus-filosófica para a hermenêutica constitucional, também objeto desse estudo.

CAPÍTULO 1

HERMENÊUTICA, REALISMO E POSITIVISMO

Inicialmente o autor delimita o objeto de sua análise, sinalizando para a crítica a estes paradigmas científicos do direito e da política que assim como o sistema do Direito e os princípios do Estado do Direito apesar de serem determinados in abstracto são encontrados somente em constituições históricas e sistemas políticos. Para o mestre alemão esta incorporação às ordens jurídicas concretas pode ser atribuída à força da interpretação constitucional, que tematicamente se liga à ciência política e ao direito internacional público. Nessa linha, se torna evidente que as diversas ordens jurídicas concretas, não constituem apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios, mas também consagram paradigmas jurídicos diferentes. A partir dessas premissas que o autor chamou de concepções exemplares de uma comunidade jurídica¹ lançou a pergunta norteadora do seu trabalho: de que modo o sistema de direitos e princípios do Estado de Direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade?

¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I: entre facticidade e validade**. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1997. Vol. I. p.241.

Para HABERMAS um paradigma jurídico não consegue responder a questão formulada, a não ser que se utilize de um modelo social contemporâneo. Nesse sentido, ensina que todo o standard social contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico, portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente e que somente a partir dessa ideia é que um paradigma jurídico demonstra a forma como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo².

Lembra ainda, que na história moderna do direito, os paradigmas mais bem sucedidos são o direito formal burguês e o direito materializado no Estado Social, que continuassem a concorrer entre si. O autor revela que pretende apresentar um terceiro paradigma que seja capaz de absorver os outros dois à luz da política e da teoria do discurso. Nesse sentido, foi imperativo que desenvolvesse uma teoria Introduzindo o sistema dos direitos e dos princípios do Estado de Direito na linha de uma teoria do discurso, visando sua admissibilidade frente à teoria geral do Direito, portanto no enfoque de um sistema jurídico em sentido mais estrito.

HABERMAS destaca que nos sistemas jurídicos da atualidade se faz necessário uma dupla delimitação. Num sentido mais amplo, isto é, enquanto sistema de ação ou de limitação de conduta através das normas, o autor lembra o conceito de LUHMANN³, em que o direito seria um sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento.

² Op. cit., p.241

³ Op. cit., p.242.

Nessa ótica, o direito se consolida num ambiente de variadas comunicações sociais que tem sua orientação no direito.

Já o sistema de direitos em sentido mais estrito se situa além da concepção anterior, pois não se limita as interações que se orientam pelo direito, mas que por vezes produzem direito novo, assim como o reproduzem. Nessa linha, a institucionalização se opera a partir de regras secundárias que estabelecem e outorgam as competências da normatização da aplicação e da imposição do direito. É possível identificar raciocínio similar na atuação dos poderes do Estado, que se distinguem de acordo com essas funções, sobretudo quando observamos esta atuação pelo lado prático.

Desse modo, é notória a comunicação dessas funções, ainda quando, estão sendo exercidas em ambientes diversos daqueles onde residem suas competências.

Um bom exemplo é o Estado Democrático de Direito, que na legislação, podemos verificar grande participação do judiciário, através das decisões judiciais, assim como as decisões administrativas.

É obvio que se mantêm na perspectiva do sentido mais amplo as interações resultantes das normas de direito material ou aquelas específicas à administração do estado. Para HABERMAS, essas indicações são suficientes para uma localização grosseira do sistema jurídico em sentido estrito, sendo num primeiro momento essenciais a comprovação de uma teoria Discursiva do Direito⁴.

⁴ Op. cit., p.243

Mais adiante, o autor conclui, que a teoria do Direito de forma diversa das teorias filosóficas, fixa-se nas divisas das ordens jurídicas concretas. Suas respostas são extraídas das leis, casos, fontes do Direito e doutrinas dogmáticas. Nesse senso, a teoria do Direito deve aceitar a ligação interna entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado⁵.

Numa outra faceta, se aproximando da dogmática jurídica, a teoria do Direito, mesmo quando estabelece que todos os meios comunicativos conduzam a demandas judiciais, ou seja, ao processo, delimita apenas uma escolha metódica para o desenvolvimento da pesquisa, onde a análise continua tendo por base os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico em sentido mais amplo além das leis, e nesse ponto tal teoria se afasta da dogmática jurídica, em nome de um conhecimento totalizante considera inclusive no próprio meio de conhecimento a perspectiva do jurista especializado, sem que a opção metódica pelo processo judicial, venha a restringir a análise no âmbito da jurisdição.

Sendo assim o autor alemão afirma que a teoria do direito continua sendo em primeira linha, teoria da jurisdição e do discurso jurídico.

HABERMAS alerta que a tensão entre facticidade e validade indissociável do direito, se projeta na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões concretas, raciocínio este que inevitavelmente nos conduz ao problema da racionalidade da jurisdição. O referido autor

⁵ Op. cit., p.244

para tratar a questão optou pela divisão em três subtópicos onde analisará a proposta de DWORKIN e as objeções de MICHELMAN contra as ideias de DWORKIN.

O autor inicia a partir desse tópico a análise, no plano de uma teoria da justiça diretamente normativa, que para ele se constitui no problema fundamental a ser resolvido por esta teoria. Nessa ótica, se torna fundamental a questão da facticidade e validade, já que esta relação de forças se projeta para a jurisdição.

A questão é relevante, já que toda a doutrina hermenêutica moderna se debate entre a consolidação da segurança jurídica através do direito vigente que implementa as expectativas de comportamento e os processos racionais da aplicação do direito como garantia da legitimidade dessas expectativas de comportamento aprovados pelo Estado Democrático de Direito.

HABERMAS ressalta que o problema está em como aplicar um direito absolutamente necessário de forma a manter a segurança jurídica e a exatidão, fundamentado racionalmente. Segundo esse autor, existem atualmente três possibilidades para o desenvolvimento da questão: (a) da hermenêutica jurídica; (b) do realismo; (c) do positivismo jurídico⁶.

Com relação à Hermenêutica jurídica o autor reconhece que tal movimento teve valor quando recusou a interpretação tradicional nivelada a um silogismo, onde apenas adaptava o fato a norma.

⁶ Op. cit., p.245

Para esta corrente existe um modelo processual de interpretação que se vale de uma pré-análise feita pelo juiz através dos tópicos de um contexto ético tradicional. Nesse entendimento os princípios históricos comprovados ou modelos de costumes ainda não positivados, podem garantir a legitimidade da decisão judicial.

No entanto os limites da hermenêutica jurídica estão para HABERMAS, exatamente na forma em que tal corrente resolve o problema da racionalidade jurídica, pois a medida em que se apoia em valores comprovados e numa sociedade pluralista, é que de fato faz ruir o processo de racionalismo hermenêutico, pois as conseqüências de uma aplicação de um direito, influenciada por processos sociais, ideológicos, psicológicos, fatalmente conduzem ao ceticismo⁷.

Por outro lado, também não satisfaz a posição do realismo jurídico da Escola do Direito Livre e da jurisprudência de interesses, que implicaria na visão exclusiva do caso concreto, não sendo importantes nem o passado e conseqüentemente nem a própria legislação, importando nesse processo hermenêutico somente a decisão do juiz, que implicaria em retirar do direito a função de garantia da expectativa de comportamento (segurança jurídica) e outorgar ao juiz a realização de um julgamento utilitarista centrado numa perspectiva meramente política⁸.

⁷ Op. cit., p.246.

⁸ Op. cit., p.247-248.

O positivismo, optou por não se obrigar a garantir a legitimidade da decisão jurídica, pois esta questão estaria afeta ao mundo metajurídico.

Nesse sistema puro de direito, a preocupação está concentrada em garantir a função da estabilização de perspectivas.

HABERMAS destaca a atuação de KELSEN e HART, no sentido de como elaboram um sistema jurídico que se legitima a partir de suas próprias normas e que abre mão da racionalidade da decisão judicial em função de uma norma fundamental, uma regra básica que determina o que faz parte do direito vigente e o que não faz⁹.

O problema é que KELSEN e nem o seus seguidores não conseguiram apresentar um fundamento racional a esta norma que dá validade a todas as demais, o que faz com que a prática jurisdicional apesar de garantir a segurança jurídica, torne obscura a correção.

CAPÍTULO 2

DWORKIN E A TEORIA DOS DIREITOS

Na análise da teoria dos direitos de DWORKIN, HABERMAS concluiu que a mesma pode ser entendida como uma proposta de solução aos problemas das teorias hermenêuticas, realista e positivista, demonstrando através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisões judiciais pode garantir a segurança e aceitabilidade racional. Contra o realismo a objeção dworkiniana consiste na máxima de que as

⁹Op. cit., p.250-251.

decisões consistentes devem estar ligadas as regras, para que se obtenha um mínimo de segurança jurídica¹⁰.

Com relação ao positivismo, sustenta que é imprescindível a necessidade de decisões corretas que são legitimadas com base em princípios e não apenas formalmente, através de procedimentos.

No caso da hermenêutica que defende a pré-compreensão¹¹ ainda que com base em princípios, não é admissível que o juiz se atenha a momentos históricos marcados pela ditadura, mesmo que esbocem facetas normativas; mas de modo inverso, esta forma de investigação o obriga a buscar a razão prática incrustada na história institucional do Direito.

Com relação à tese dworkiniana de que existem direitos concebidos deontologicamente, HABERMAS destaca que se o fundamento está numa razão prática absorvida pela história e que se mantém sempre presente, sua origem esta na moral e a forma que assume é a de uma norma fundamental.

Neste aspecto a norma fundamental de DWORKIN se identifica com o princípio kantiano de Direito e com o princípio inicial de justiça de RAWLS, segundo o qual cada um tem direito igual às liberdades de ações subjetivas, ou seja, uma igualdade fundamental de respeito e com duração.

¹⁰ Op. cit., p.252-243.

¹¹ Op. cit., p.256-258.

Nesse sentido, a norma fundamental de DWORKIN também se aproxima do status de Direito Natural, embora sua fundamentação resida no fato de que todos os homens e mulheres são dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça¹².

O que DWORKIN observou, é que os direitos subjetivos, sobretudo os fundamentais, acabam por migrar para o âmbito dos direitos políticos ou institucionalmente obrigatórios os quais as vontades individuais não podem prescindir. Isto se constitui numa defesa contra abusos gerados por finalidades coletivas.

A teoria dos direitos apoia-se também na idéia de que existem elementos da moral na própria jurisprudência, que são dessa forma incorporados ao direito positivo.

Um raciocínio interessante sobre a moralização do direito, é que de fato se observa grande influência da moral no que chamamos de normas primárias (assassinato, homicídio, etc...) e até mesmo em princípios gerais do direito, como o caso da boa-fé, mais direcionado no âmbito do direito civil, no entanto existe grande número de normas desmoralizadas como as que regulam a política cambial, os impostos, transferência dos lucros. Nesse campo os fundamentos são a vantagem e a necessidade de consumo.

Sob este aspecto alguns críticos objetam contra a posição de DWORKIN, no entanto seria possível sustentar que as normas intermediárias sejam do mérito público ou privado, surgem a partir da delegação de competências, das normas primárias e que

¹² Op. cit., p.263-268.

obviamente deveriam absorver também os modelos morais nelas contidos.

Para DWORKIN, este não é o ponto fundamental, pois concentra a sua teoria na razão prática que deverá nortear a decisão judicial, ou seja, o fundamento mantém estreita a ligação com a moral, subentende-se que o juiz deverá ter capacidade moral para julgar, no mesmo nível dos seus conhecimentos técnicos.

HABERMAS leciona, que esse ponto de vista não significa romper com clássica divisão entre direito e moral, tal posição vai ser mantida enquanto durar os códigos de comunicação especializada de um e de outro e que DWORKIN quer fixar é que de fato princípios morais se comunicam com o direito positivo e que alguns se transformam em princípios de direito historicamente instituídos e que dessa maneira constituem a razão prática que pode garantir a segurança e a racionalidade do julgamento.

A partir da análise de julgamentos do direito americano e anglo-saxão, DWORKIN analisa a fundamentação dos juízes, sobretudo nos chamados casos difíceis, onde as decisões que se basearam em princípios fundamentais do direito de fato atingiram o duplo grau de satisfação, tanto na garantia da segurança jurídica quanto na racionalidade do julgamento, pois à medida que se utiliza este recurso, a decisão se torna também politicamente correta na medida em que mostra que a decisão respeita ou garante um determinado direito de um indivíduo ou grupo¹³.

¹³ Op. cit., p.269-273.

DWORKIN enfatiza que ao contrário do choque tipo tudo ou nada quando acontece o conflito de normas no sistema positivista que se o juiz utiliza dos princípios não terá a necessidade de anular a validade do princípio que terá supremacia sobre o outro, que apenas reconhece que para aquele caso o princípio adequado é outro. Dessa maneira se obtém um sistema jurídico aberto e com possibilidade de solucionar os conflitos de regras.

Na visão de HABERMAS, quando aceitamos os princípios e as regras num mesmo plano do ordenamento jurídico, assim como a metodologia processual, estamos moldando as bases para uma teoria discursiva do direito¹⁴.

Quando DWORKIN nos apresenta uma hermenêutica construtivista de um direito composto por regras e princípios, principalmente para casos difíceis, nos apresenta uma tarefa bastante pesada, onde o juiz pelo próprio autor chamado de Hércules, quando na investigação do princípio jurídico historicamente constituído num primeiro momento, revisa criticamente os seus fundamentos e ao final acaba por reconstruir o seu conteúdo e conseqüentemente os seus objetivos.

Essas idéias desencadearam uma série de controvérsias, que vão desde a objeção que caracteriza esta tarefa como impossível até aquela dos realistas que vêm a soluções para os seus problemas metodológicos na teoria de DWORKIN, mas o fato importante e irrevogável é que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.

¹⁴ Op. cit., p.276-278.

CAPÍTULO 3

SOBRE A TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO

HABERMAS deixa claro que o foco de sua objeção à teoria do direito ideal de DWORKIN, é que este autor parte da premissa de que o juiz ao estilo do semideus grego Hércules, fundamentado em sua integridade e num discurso monológico, seria capaz de promover a reconstrução racional do direito e dessa forma garantir as instituições e a organização política, de um Estado Constitucional.

Para HABERMAS este processo se torna frágil justamente pelo isolamento do juiz, que a partir de um privilégio cognitivo que se baseia em si mesmo, em alguns momentos deverá sustentar uma interpretação que diverge de todas as outras¹⁵.

HABERMAS lembra que DWORKIN, imitando PARSONS entende o direito como meio de integração social, que permite libertar o juiz Hércules da solidão de uma constituição hermenêutica monológica.

Nesse sentido o direito atua como um médium que possibilita a autocompreensão de uma comunidade solidária, que por obrigar relações de muita complexidade, exige um reconhecimento mútuo, que se concretiza no agir comunicativo.

A ampliação do mecanismo de reconhecimento do juiz através da reflexão do agir comunicativo permite que o intérprete possa absorver, através da prática de argumentação as perspectivas de todos os outros discursos ou linguagens não jurídicas, satisfazendo dessa forma as exigências de um direito

¹⁵ Op. cit., p.280-281.

ideal, baseado numa sociedade aberta dos intérpretes da constituição, ao invés de fundamentar-se exclusivamente no ideal da personalidade de um juiz e pelo acesso privilegiado à verdade¹⁶. Nessa perspectiva o juiz singular pode realizar sua interpretação construtiva, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.

HABERMAS acredita, que para dar sustentação a este tipo de interpretação, é necessário uma teoria da argumentação jurídica que leve em consideração os princípios de direito assimilados pela comunidade de intérpretes, mas que também possa correlaciona-los com o mundo de regras e procedimentos existentes nos subsistemas internos do direito.

Este processo pode ter garantia de verdade a medida que pela utilização da reflexão do agir comunicativo o juiz purifica os interesses subjetivos da comunidade de intérpretes e consolida um ideal de direito para todos os discursos e a partir dessa reconstrução pode atender o discurso de aplicação exigido pelo caso concreto sem se confundir pelas argumentações particulares das partes que se limitam aos próprios interesses¹⁷.

Em conclusão, HABERMAS sustenta que nessa ótica a coerção poderia ser aceita à medida que entendida como um discurso comunitário comprometido exclusivamente com a verdade, ou seja, pelas regras da razão o intérprete pode identificar as idealizações em dimensões temporal, social e material, podendo dessa forma identificar e participar de um acesso universal à argumentação¹⁸.

¹⁶ Op. cit., p.281-282.

¹⁷ Op. cit. p.285

¹⁸ Op. cit., p.291-292.

O autor ressalta algumas dificuldades procedimentais que o intérprete encontra no momento da análise dos casos, dando ênfase em dois aspectos importantes: o primeiro consiste na análise da argumentação das partes que por vezes não está comprometida com a verdade e que se aproveitando dos ritos processuais apresentam provas específicas aos interesses representados; o segundo aspecto revela que devido a influência deste tipo de argumentação não comprometida exclusivamente com a verdade, porém legítima na via forense, pode comprometer a correção dos resultados obtidos pela teoria discursiva do direito.

Esses dois aspectos contribuem para formulação de críticas que sinalizam para um afastamento do direito em relação a moral¹⁹.

No entanto, HABERMAS destaca que no universo forense é possível um autocontrole da liberdade de argumentação das partes com relação às teses apresentadas, que se traduz no próprio funcionamento das diversas instancias ou tribunais que se obrigam a uma revisão constante das decisões que institucionalmente devem ser aprofundadas, processo este que contribui para a proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular e também para a uniformização da aplicação do direito e seu aperfeiçoamento²⁰.

Independente desse processo revisional, típico do meio forense, podemos concluir que para HABERMAS quando nos

¹⁹ Op. cit., p.292-293.

²⁰ Op. cit., p.294-295.

apoiamos em uma teoria procedimental, a legitimidade das normas ou a correção das decisões não é aferida somente pela sua relação com a moral, mas também pela racionalidade extraída do processo democrático da legislação política, presentes nas informações dos diversos seguimentos sociais.

CAPÍTULO 4

UM CASO PRÁTICO

O art. 2.035 do Código Civil Brasileiro possui a seguinte redação:

"Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Partindo da interpretação literal, em relação ao caput do art. 2035, num primeiro momento obtemos uma mensagem típica do direito intertemporal, com relação ao período de transição entre a Lei velha e a Lei nova. Entretanto, a frase subsequente ao subordinar os efeitos futuros de negócios e atos jurídicos à égide na nova Lei, remete ao leitor uma mensagem contraditória, que sugere uma espécie de conflito entre o CC e a CF, em relação ao contido no art. 5º, XXXVI, sobre a irretroatividade da norma havendo ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

Nessa ótica, SANTOS²¹, assegura que é inconstitucional o caput do referido artigo, de modo que os contratos celebrados na vigência do Código antigo, mesmo que de trato sucessivo, à exceção dos abrigados pela legislação de proteção ao consumidor, teriam aplicação consoante a lei anterior e não segundo o Código atual.

Com a devida vênia, verifica-se que é fato cristalino na história do Direito, as contribuições e também as limitações da compreensão literal quando limitada à gramática fria da Lei.

SOARES²², explica em seu artigo, que existe na redação de fechamento do art. 2035 a ressalva sobre a forma de execução, que prevalecerá sempre que pactuada pelas partes. Nesse entendimento, conclui, citando a professora DINIZ, que esse dispositivo atua como um limitador de eventual interferência sobre direitos adquiridos.

²¹ *Direito Intertemporal e o novo Código Civil : aplicações da Lei 10.406/2002*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

²² SOARES , André Mattos. EPM Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, 456, 2011. Disponível em <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=11671> . Acesso em: 2 maio 2012.

“À guisa de remate, vale transcrever as palavras de Maria Helena Diniz a respeito: “(...) o art. 2.035, caput, não atinge, portanto, os efeitos contratuais e substanciais do ato jurídico perfeito já consumados ou a serem realizados; alcançará tão-somente o modo de realização das conseqüências legais que, ainda, não advirem, desde que os contratantes não tenham determinado em cláusula contratual ou forma para sua execução”. [4]

Com relação ao parágrafo único, este apenas resguardou os princípios de ordem pública, indispensáveis para a vida em sociedade e a função social da propriedade, ambos em sintonia com a Constituição brasileira e legislação anterior, conforme leciona DINIZ²³.

Entretanto, quando admite-se a questão no plano da antinomia (irretroatividade/ato jurídico perfeito e função social do contrato/igualdade), verifica-se que critérios como da hierarquia e o da especialidade entram em choque, pois ambos princípios são igualmente fortes.

FAZIO²⁴, ao analisar a questão, demonstra grande cautela em relação à ação discricionária do julgador, entretanto

²³ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 9ª. Ed., p. 69-70.

²⁴ FAZIO, César Cipriano de. **Análise do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. Constitucionalidade e antinomia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1916, 29 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11754>>. Acesso em: 2 maio 2012. "No mesmo sentido, para Maria Helena Diniz, o órgão judicante, valendo-se de deduções e induções, além de juízos valorativos, deverá observar o seguinte roteiro na aplicação dos princípios gerais de direito:

"1) buscar os princípios norteadores da estrutura positiva da instituição a que se refere o caso sub judice;

2) atingir, sendo inócua a primeira medida, os princípios que informam o livro ou parte do diploma onde se insere a instituição, depois os do diploma onde se encontra o livro, a seguir, os da disciplina a que corresponde o diploma e assim por diante até chegar aos princípios gerais de todo o direito escrito, de todo o regime jurídico-político e da própria sociedade das Nações,

destaca na obra de DINIZ, os vários critérios normativos que podem conduzir as decisões discricionárias.

Mais adiante FAZIO²⁵, valendo-se da doutrina germanista, traz os conceitos da teoria da proporcionalidade,

embora estes últimos só digam respeito às questões de direito internacional público;

3) procurar os princípios de direito consuetudário, que não se confundem com as normas costumeiras, mas que são o ponto de partida de onde aquelas normas advêm;

4) recorrer ao direito das gentes, especialmente ao direito comparado, onde se descobrem os princípios que regem o sistema jurídico das nações civilizadas, desde que estes não contradigam os do sistema jurídico interno;

5) invocar os elementos da justiça, isto é, os princípios essenciais, podendo para tanto penetrar no campo da jusfilosofia" [18].

²⁵ Op. Cit. "A chamada máxima da proporcionalidade, cunhada na teoria de origem alemã, mas que já ganha corpo inclusive na jurisprudência pátria, muito embora em caráter sincrético ^[20], visa a solução de colisão entre princípios jurídicos.

De forma quase simplista, dada a profundidade da teoria em questão ultrapassar os limites deste trabalho, interessa citar que seu método se resume em três diferentes fases, quais sejam, as indispensáveis análises da adequação (a solução contribui utilmente para o objetivo visado), da necessidade (não há outro ato que possa ser praticado com menor restrição ao direito fundamental atingido) e, por fim, da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação - sopesamento, *in concreto*, entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e fundamenta a adoção da medida restritiva), sempre tomados os princípios, não é demais repetir, como "*mandamentos de otimização*" ^[21].

ênfatizando que seus métodos baseados na discricionariedade vinculada, podem contribuir para a segurança jurídica, assim como o princípio da equidade nas decisões.

CONCLUSÃO

A hermenêutica constitucional, no Brasil de hoje, vive de fato uma situação de crise paradigmática entre a guarda da segurança jurídica e os efeitos teleológicos da decisão normativa, pois é inegável a relação do processo jurisdicional com a política social propagada pelo Estado democrático de Direito.

Pelo estudo realizado na obra de HABERMAS e DINIZ, podemos afirmar que uma das relações possíveis das suas idéias com os problemas do constitucionalismo brasileiro, situa-se

É importante pisar e repisar na advertência de que a máxima da proporcionalidade não foi criada para que houvesse ilimitada liberdade judicial para relativização de toda e qualquer regra jurídica sob o pálio do sopesamento de princípios fundamentais. Equivocado entendimento neste sentido desaguaria em desenfreada marcha rumo ao autoritarismo e à arbitrariedade por parte do órgão jurisdicional, o que não se pretendeu e não se pretende com tais idéias.

Em verdade, referido mecanismo visa atuar como baliza ao magistrado, no sentido de atribuir maior densidade ao interior da moldura normativa em que este possui "discricionariedade", ainda que vinculada, para formular sua decisão. Vale dizer, a máxima da proporcionalidade visa atribuir maior respaldo jurídico-metodológico e maior segurança às decisões judiciais em casos concretos nos quais se configure a colisão entre princípios. A proporcionalidade, ressalte-se, não foi criada para dismantelar o sistema normativo, mas sim para lhe conferir maior segurança, assim como a equidade

[22]

no campo da interpretação jurídica, de onde inevitavelmente emergem as questões da racionalidade da jurisdição constitucional e da segurança jurídica, que por ambos são resolvidas pela elaboração de critérios normativos, no primeiro à luz do procedimento e na segunda à luz dos princípios gerais de direito.

Diante disso, a noção do bem comum²⁶ presente no chamado Estado Social, apresenta-se como vetor de grande importância para aceitação de uma hermenêutica amparada em princípios fundamentais.

Nesse contexto, admite-se que a justiça se reporta aos fins humanos, porém especificamente quando estes forem fins da vida comunitária e não valores absolutos da humanidade como o bem e a verdade. Essa idéia torna-se a própria compreensão do bem comum, como o grupo de situações que condicionam a esfera de vivência individual ou social do homem, que torna possível a concretização dos fins humanos.

A aceitação dessas ideias, condiciona o bem comum como força motriz da dinâmica social e conseqüentemente como importante paradigma para o controle da atividade jurisdicional, que faz do direito um instrumento de realização dos fins sociais da vida.

Sob esse prisma, encontramos afinidades na teoria geral da experiência proposta por MIGUEL REALE que acertadamente destaca a influência da expectativa humana na composição e operação do sistema normativo²⁷.

²⁶ MENDONÇA, Jacy de Souza. **O curso de filosofia do professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.195-227.

²⁷ REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. São Paulo: Edusp, 1977.

A atualidade do pensamento realiano é facilmente verificada no momento que vivemos em nossa pátria, tanto no trabalho de juristas brasileiros, como o caso da professora DINIZ²⁸ na sua excelente obra, intitulada “A Ciência Jurídica”, onde ensina que a norma jurídica não pode ser considerada somente pelo seu aspecto lógico-formal, mas sobretudo como uma realidade cultural.

Além disso, nas suas obras sobre conflito de normas²⁹, lacunas³⁰, normas constitucionais³¹, sempre permeiam os fundamentos do tridimensionalismo e das suas regras de calibragem, ampliando o horizonte da hermenêutica constitucional atual.

Cumpre-nos destacar, que as lições de REALE, continuam sendo destaque além de nossas fronteiras, como o exemplo do professor espanhol GARCIA MEDINA, da Universidade de Valladolid, que publicou densa obra intitulada “*Teoría Integral del Derecho en el pensamiento de Miguel Reale*”, que merece nossa atenção nos parágrafos seguintes.

A referida obra teve boa aceitação entre os professores brasileiros, tanto pela sua originalidade quanto pela precisão, pois o autor demonstra como as diversas teorias de Reale podem ser a base para um modelo de hermenêutica constitucional mais dedicado aos fins sociais da lei.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.104.

²⁹ _____ **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰ _____ **As lacunas no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

³¹ _____ **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2009

O professor GARCÍA MEDINA³² conclui afirmando que a sentença se apresenta como exigência de integração normativa, porém deve se embasar também em um ponto de vista axiológico e não meramente lógico como se fosse um silogismo, pois a correlação de caráter funcional que se estabelece entre fundamento, eficácia e vigência se torna um marco inicial para a consolidação de uma teoria integral da validade do direito.

BIBLIOGRAFIA

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.104.

_____. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **As lacunas no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Direito Intertemporal e o novo Código Civil : aplicações da Lei 10.406/2002, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004

³²MEDINA, Javier Garcia. **Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale**. Valladolid: Grapheus, 1995. p. 69-70.: *La sentencia se presenta como exigencia de integración normativa. Planteada desde un punto de vista axiológico y no meramente lógico como si de un silogismo se tratara. La correlación de carácter funcional que se establece entre fundamento, eficacia y vigencia se inscribe en el marco de una "teoría integral de la validez del derecho."*²⁰

FAZIO, César Cipriano de. **Análise do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. Constitucionalidade e antinomia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1916, 29 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11754>>. Acesso em: 2 maio 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I: entre facticidade e validade.** Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1997. Vol. I. p

MEDINA, Javier Garcia. **Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale.** Valladolid: Grapheus, 1995.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **O curso de filosofia do professor Armando Câmara.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.195-227.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura.** São Paulo: Edusp, 1977.

SOARES, André Mattos. **EPM Escola Paulista da Magistratura.** São Paulo, 456, 2011. Disponível em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=11671>>. Acesso em: 2 maio 2012