

DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA: O CAMINHO ENTRE O DEVER FUNDAMENTAL À FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA OU HERMENEUTICAMENTE DESVELADA

Muriele de Conto Boscatto

Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional IMED -Passo Fundo/RS.
Email: murieledeconto@hotmail.com

Maurício Mosená

Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED - PassoFundo/RS.
Email: mamosena@hotmail.com

Recebido em 08.04.2015 | Aprovado em 11.04.2015

RESUMO: O presente estudo revela a preocupação com a temática da “decisão judi-cial democrática”, a qual pressupõe o reconhecimento prévio, em atenção aos requi sitos de validade do ato, no âmbito do Estado Democrático de Direito, dos dever fundamental à fundamentação democrática e direito fundamental à resposta cons-titucionalmente adequada. A teoria dos direitos fundamentais confere a nota de fundamentalidade a estes dever e direito fundamentais, dando a normatividade necessária às respectivas aplicações. Já a Crítica Her-menêutica do Direito revela o como se implementa e se realiza estes dever e direitos fundamentais, que repre-sentam face de uma mesma moeda, na superação do voluntarismo na decisão, pró- prio do subjetivismo do sujeito que assujeita o objeto – ou que decide conforme a sua consciência. A fundamentação democrática conduz à resposta constitucionalmente adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; Hermenêutica.

ABSTRACT: This study reveals the concern with the theme of “democratic judicial decision”, which presupposes the prior recognition, in attention to require the validity of the law of a democratic state, the fundamental duty to state reasons democratic and fundamental right to constitutionally appropriate response. The theory of fundamental rights gives the note of fundamentality to these fundamental duty and right, giving the normativity needed their applications. Already the Law Hermeneutics Review reveals how to implement and performs these duty and fundamental rights, which represent the same coin, in overcoming voluntarism in the decision, pro prio the subject of subjectivism as subject - or to decide according to their conscience. The democratic reasoning leads to the proper constitutional-mind response.

KEYWORDS: Fundamental rights; Democratic rule of law; Hermeneutics.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Teoria dos direitos e deveres fundamentais para a caracterização do dever fundamental à fundamentação *democrática* e do direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada (*correta*): *ponto de partida* à “*decisão democrática*”. 3 Da Crítica Hermenêutica do Direito: o “*modus operandi*” à realização do dever fundamental de fundamentação *democrática* e do direito à resposta constitucionalmente adequada (*correta*): *percurso* à “*decisão democrática*”. 4 Da concretização do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada ou hermenêuticamente desvelada: *ponto de chegada* à *decisão democrática*. 5 Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O tema do estudo das linhas seguintes gira em torno da decisão judicial democrática. Esta pressupõe o reconhecimento do dever fundamental de fundamentação democrática e do direito fundamental à resposta correta, que, para o contexto do trabalho, identifica-se com uma resposta constitucionalmente adequada ou hermenêuticamente desvelada.

Questiona-se sobre a presença desses dever e direito fundamentais nas decisões judiciais, sob a perspectiva da teoria dos

direitos fundamentais, aplicada ao constitucionalismo pátrio e, assim, a partir do Estado Democrático de Direito. Com a resposta, investe-se sobre o que consiste, ou seja, como se realiza estes dever e direito fundamentais, sempre no âmbito do paradigma constitucional.

Para desenvolver esta problemática, começa-se pela seara da teoria dos direitos e deveres fundamentais, apresentando a inter-relacionalidade dos conceitos de democracia, de Estado Democrático de Direito, constitucionalismo e direitos fundamentais. Aborda-se a perspectiva da nota de fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, para avançar na normatividade dos dever e direito fundamentais que exaltaremos.

Após, passa-se à análise da Crítica Hermenêutica do Direito, como “caminho” apto para responder ao dever fundamental de fundamentação democrática e, nessa mesma medida, à busca e realização do correlato direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada ou hermeneuticamente desvelada.

Nesse passo, presente estará a discussão sobre o paradigma constitucional em cotejo (ou confronto) com o “neoconstitucionalismo” e seus entraves, fazendo com que o debate entre Hebert Hart e Ronald Dworkin, bem como a ponderação alexyana e ainda o “panprincipiologismo” sejam enfrentamentos pontuais.

Do mesmo modo – ou principal e decorrentemente –, que a discricionarie-dade e o decisionismo, que se manifestam via voluntarismo judicial, determinantes da permanência da relação sujeito-objeto, também perspectivarão o debate, já em sua linha de frente, juntamente com a Crítica Hermenêutica do Direito como proposta à superação paradigmática e a realização dos dever e direito fundamentais oriundos da fundamentação democrática que, ao fim e ao cabo, estarão na base do estudo.

Por último, debruça-se no direito fundamental à resposta correta ou constitucionalmente adequada, apresentando, mais outra vez, a Crítica Hermenêutica do Direito para desvelar dessa conclusão.

Nessa medida, retoma-se a construção sob a fundamentação democrática, afastando a *escolha* subjetiva do intérprete do sentido do texto, à *decisão democrática* ou à resposta *correta* que se busca. Enfatiza-se, outrossim, a responsabilidade política do julgador, que se manifesta pelo seu dever de fundamentação, resgatando a história jurídico-institucional do direito envolvido – ou seja, prestigiando a tradição hermenêutica –, para, após, confrontando-a ao texto constitucional, conduzir à construção da solução jurídica a esta adequada.

Sob estas premissas, então, e sob a base da fenomenologia hermenêutica, passa-se ao estudo a seguir problematizado.

2. Teoria dos direitos e deveres fundamentais para a caracterização do dever fundamental à fundamentação *democrática* e do direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada (correta): ponto de partida à “*decisão democrática*”

Considerando uma perspectiva adequada, que se situa no questionamento a respeito da existência de um dever fundamental de fundamentação da decisão e num direito fundamental à “resposta correta”, inclusive, como ponto de partida ao que se opta por chamar de “*decisão judicial democrática*”, urge iniciar esse discurso evidenciando a relação entre direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, bem como ainda entre direitos fundamentais e a democracia, para, após, evoluir-se à condição de fundamentalidade do dever e do direito objeto dessa investigação.

Sarlet (2012) destaca a estreita relação entre a concepção de direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito, asseverando que aqueles, conjuntamente com a forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, representam a essência do Estado constitucional, se apresentando como parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da

ordem jurídica estatal. É, nesse contexto, que passam a ser considerados, para além da sua função originária de instrumento de defesa de liberdades individuais, como elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material do ordenamento jurídico.

A doutrina lusitana de Queiroz (2010) tem a mesma preocupação. Primeiro, estreitando a concepção de Constituição à base e fundamento do Estado, erigindo-se, a partir daí, como modelo direto para toda atividade público-estatal, para, após, vincular os direitos fundamentais a esta ideia de Constituição, contextualizando:

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda ordem jurídica positiva. Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objectivo “sistema de valores”. (Queiroz, 2010, p. 49)

Mais adiante no seu texto, Queiroz (2010) sinala que a proteção jurídica dos direitos fundamentais é agora uma proteção constitucional, porque assim exige o princípio do Estado Democrático de Direito, sendo que as constantes mutações das situações típicas de perigo exigem uma defesa móvel, flexível e aberta desses direitos.

Afora a íntima relação que já se estabelece pelo próprio reconhecimento de determinados direitos fundamentais afetos à realização da democracia, no constitucionalismo pátrio (como as liberdades e os direitos políticos), a principal vinculação entre eles se dá pela função decisiva dos direitos fundamentais como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria que está no poder. Quer dizer, pelo papel contramajoritário outorgado aos direitos fundamentais. (Sarlet, 2012)

A democracia só existe por e para a realização dos direitos fundamentais, permitindo que estes se imponham sobre o próprio poder constituído, ainda que democraticamente legitimado. (Sarlet, 2012)

Novais (2012, p. 203), num único parágrafo, correlaciona estes conceitos:

[...] na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, Constituição é separação de poderes e direitos fundamentais; mas, no Estado de Direito material dos nossos dias, deve haver a consciência da instrumentalidade do primeiro princípio, a separação dos poderes, relativamente aos segundos, os direitos fundamentais.

Assim é que, nos dizeres de Sarlet (2012, p. 59), fazendo referência a Hans-P Schneider, “os direitos fundamentais [...] podem ser considerados [...] *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático”. Nessa medida, o reconhecimento de um direito/dever fundamental de fundamentação *democrática* da decisão determina que tal motivação – que se identifica com a resposta constitucionalmente adequada ou hermeneuticamente desvelada ou o direito fundamental à resposta correta – é pressuposto de validade da decisão judicial, nos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Introduzida a abordagem inicial acerca da relação entre os direitos fundamentais e os alicerces do constitucionalismo pátrio, Estado (Democrático) de Direito e democracia, a preocupação passa ser a fundamentalidade do dever de fundamentação (motivação) *democrática* da decisão judicial e do direito à resposta correta.

Caracteriza o catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, previsto no seu Título II, nominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a sua natureza aberta. Quer dizer: o extenso rol do art. 5º, donde constam a maioria dos direitos de defesa, os direitos sociais do art. 6º, os direitos dos trabalhadores do art. 7º e os demais direitos assegurados nos arts. 8º a 11º, todos da Constituinte de 1988, cons-

tituem um elenco meramente exemplificativo. Nessa medida, é que o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, contempla que

[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Tal previsão determina a existência, no constitucionalismo pátrio, da funda-mentalidade formal e material dos direitos e garantias aqui estudadas. Fala-se em fundamentalidade formal, relacionadamente ao direito constitucional positivo, sob três enfoques: primeiro, situando os direitos fundamentais no ápice do ordenamento jurídico, pois direitos supralegais; segundo, por encontrarem-se submetidos a limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional; e, terceiro, por serem normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas. A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. (Sarlet, 2012)

A citada regra do direito constitucional positivo (§ 2º, do art. 5º, da CF/88), ao trazer a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição à caracterização de outros direitos materialmente fundamentais que não constaram do seu texto, ou que foram contemplados fora do catálogo dos Direitos Fundamentais, insculpido no seu Título II. Portanto, desde já, cabe aferir que é desta regra do direito posto que encontramos o suporte normativo para a caracterização do dever de fundamentação da decisão judicial e do direito à resposta correta, como direito/dever fundamental e, nessa medida, como pressuposto de legitimidade para as decisões judiciais no contexto do Estado Democrático de Direito.

Segundo Sarlet (2012, p. 80):

Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Metodologicamente, a doutrina dividiu os direitos fundamentais em: direitos formal e materialmente fundamentais. Nessa classificação, aqueles têm suporte expresso no texto constitucional, seja no Título próprio, seja noutras partes do referido texto, enquanto que estes são aqueles não expressos em qualquer parte da Constituição Federal, mas estão subentendidos nos princípios, no regime contemplado no Título I da Constituição Federal de 1988¹ e nos tratados internacionais que o Brasil seja parte. (Sarlet, 2012)

Observe-se que existem critérios para definir o conteúdo material de direito fundamental. Como exemplo, cita-se o critério implícito da equivalência e significado, o que quer dizer que qualquer direito que queira ser considerado portador de fundamentalidade material – seja implícito ou subentendido, seja decorrente do regime ou dos princípios, seja contemplado por algum tratado internacional do qual o Brasil seja parte – deve equivaler em seu conteúdo e dignidade aos direitos fundamentais previstos no catálogo. A opção do Constituinte de erigir certa matéria à categoria de direito fundamental provém da efetiva importância que ela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta que se torna indispensável à caracterização da posição jurídica de fundamentalidade material. (Sarlet, 2012)

Afora outros, também seria o caso da referência de fundo dos direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana. Os critérios são distintos e correlatos à ordem constitucional positiva, propiciando uma identificação constitucionalmente adequada e relativamente segura dos direitos materialmente fundamentais. (Sarlet, 2012)

Na esteira de Queiroz (2010), o que identifica o rol de direitos fundamentais é o fato de eles constituírem uma especificação jurídica de postulados filosóficos-políticos que caracterizam uma cultura jurídica particular, qual seja, o constitucionalismo.

Novamente, a tarefa do reconhecimento da posição jurídica de direito materialmente fundamental é algo que também compete ao Judiciário e, nessa medida, a discussão pontual sobre até onde pode ir a competência criativa do intérprete, no paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se a linha de frente também desta problemática, especialmente para demonstrar o caminho da aqui denominada resposta constitucionalmente adequada ou hermeneuticamente desvelada.

É, assim, também, o ponto de vista de Queiroz (2010), afirmando que os direitos fundamentais diferenciam-se dos meros direitos de defesa e dos simples deveres de omissão por parte do Estado, transformando-se em instrumentos de proteção dinâmica do cidadão e da sociedade. As normas abertas da Constituição – portanto, para além dos direitos fundamentais previstos no catálogo próprio da constituinte – deixam de se identificar como programas constitucionais, para projetarem-se na atividade jurisprudencial.

Vale antecipar o limite apontado por Sarlet (2012) nesta busca: a distribuição de competências no Estado Democrático de Direito, que não permite que o Judiciário substitua o legislador na sua atividade precípua de criação do direito, muito mais na seara constitucional. A tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo, “é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita [...]” (Sarlet, 2012, p. 138).

Em qualquer caso, tratando-se de direitos escritos (presentes no texto constitucional, mas fora do Título II), ou de direitos não escritos (implícitos, decorrentes e previstos em tratados internacionais), a decisão jurídica que erige determinado direito à posição jurídica de materialmente fundamental pressupõe, ob-

viamente, fundamentação, representando a própria exegese do dever e direitos fundamentais objeto desse artigo.

Ademais, o direito e o dever fundamentais que aqui se expõe, consistente no dever fundamental à fundamentação e no direito fundamental à resposta correta, encontram amparo no constitucionalismo pátrio no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988. Na dicção do preceito constitucional, “*todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]*”.

Nessa medida, o dever constitucional de fundamentação da decisão judicial e o seu consequente direito à resposta correta, no caso brasileiro, constituem-se com a nota de fundamentalidade formal, eis que expressos no texto da Constituição vigente, em que pese fora do catálogo do Título próprio. Do mesmo modo, ostentam fundamentalidade material, na medida em que se afinam aos critérios para tal caracterização, especialmente por ligaram-se à abordagem antes mencionada, pois correlatos ao regime democrático e, nessa medida, às diretrizes estruturais do Estado e da sociedade.

Não é demais ainda insistir que a importância de a fundamentação da decisão judicial e de a resposta correta serem enquadradas na posição jurídica de direito e dever fundamentais reside no reconhecimento de identidade quanto ao regime jurídico, vez que equivale dizer sob o fundo do constitucionalismo brasileiro que possui aplicabilidade imediata (§ 1º, do art. 5º, da CF/88) e condição de cláusula pétrea. Mas não somente: também consistem em elementos de validação da decisão, nos parâmetros do Estado Democrático de Direito, portanto, detentora de uma característica democrática e com uma pretensão de correção.

Nos dizeres de Novais (2012, p. 199),

[...] direitos fundamentais constitucionais [...] não são mera proclamação retórica cuja realização se satisfaz com a sua entrega às boas intenções do Poder político e do legislador, mas são, antes, norma jurídica directamente aplicável, dotada de força constitucional que vin-

cula todos os poderes do Estado, incluindo o legislador democrático, e cuja supremacia deve ser assegurada por um poder judicial funcionalmente independente da maioria política que ocupa conjuntamente o poder.

Até aqui se falou mais de direitos do que de deveres fundamentais. Portanto, cabe nessa primeira abordagem promover a localização da perspectiva da fundamentação da decisão judicial como dever fundamental. Para tanto, Queiroz (2010, p. 87-88) ensina: “[...] quando se afirma uma concepção ‘constitucional’ do Estado de Direito os direitos fundamentais surgem essencialmente valorados em termos da sua natureza deontológica, isto é, do seu caráter de ‘deverosidade’”.

Os indivíduos não são apenas titulares de direitos fundamentais, mas também de deveres jurídicos fundamentais. Nesse viés, o Estado é incumbido de verdadeiras tarefas constitucionais, que representam seu dever constitucional de proteção. Logo, as normas constitucionais cujo conteúdo contenha fundamentalidade não garantem apenas direitos subjetivos, como os de defesa e os prestacionais, mas ainda traduzem princípios objetivos básicos da ordem democrática e constitucional do Estado de Direito, ideia esta que justifica a fundamentação *democrática* da decisão. (Queiroz, 2010)

Na esteira de Sarlet (2012, p. 228):

O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive, na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Na teoria dos deveres fundamentais, o caso que se tornou paradigmático para a noção do dever de proteção foi o *Lüth*², no qual a Corte Constitucional Alemã precisou aa noção de valores

objetivos para demonstrar que os direitos fundamentais não se caracterizariam apenas como instrumento de defesa do indivíduo contra o Estado. Ressalta Grimm (2007) que, nos anos que se seguiram a este caso paradigmático, a concepção dos valores objetivos serviu de base para determinados efeitos atribuídos aos direitos fundamentais, e o principal deles foi o *Schutzpflicht* (dever de proteção).

O dever de proteção é visto como um dos lados dos direitos fundamentais. Fundado no dever maior de segurança, sendo esta a principal tarefa do Estado, se distribui em duas vertentes, a da proibição do excesso e a da proibição da proteção deficiente. Com isso representam o maior espectro de alcance da proteção dos direitos fundamentais, tanto no sentido de abstenções e negações, como de uma postura positiva, impedindo, assim, que sejam vulnerados os direitos e bens fundamentais por quem quer que seja. (Grimm, 2007)

Portanto, em função do efeito relacionado ao dever de proteção, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, além de instrumento a serviço do cidadão contra excessos do Estado, também caracteriza uma cadeia de deveres fundamentais, donde se pode retirar a noção de fundamentação *democrática* da decisão como direito e dever fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No plano normativo-constitucional pátrio da Constituição Federal vigente, especialmente do rol dos direitos e garantias fundamentais do Capítulo I do Título II, que se extrai a autorização legal (ou normativa) para o reconhecimento dos deveres fundamentais, em especial, o da fundamentação *democrática* da decisão e, por que não, do seu correlato direito à resposta correta.

Caracterizado o dever fundamental à fundamentação democrática da decisão judicial e o seu correspondente direito fundamental à resposta correta como requisito inicial para aquilo que designamos de “decisão democrática” deve-se percorrer o “caminho” para o seu alcance, situando a discussão com o referen-

cial da Crítica Hermenêutica do Direito, encabeçada, sobretudo, por Streck em seus diversos textos.

3. Da Crítica Hermenêutica do Direito: o “modus operandi” do dever fundamental de fundamentação *democrática* e do direito à resposta constitucionalmente adequada (correta) – *iter* da “decisão democrática”.

Percorrer o caminho para a “decisão democrática” – que se identifica com a resposta constitucionalmente adequada ou hermenêuticamente desvelada, ou ainda com a resposta correta – a partir da Crítica Hermenêutica do Direito pressupõe a atual percepção do Estado Democrático de Direito como outorgante ao Poder Judiciário a concretização dos direitos e deveres fundamentais, mas também os limites que se deve manter nessa atuação.

Mostra-se pontual a doutrina de Streck (2013) nesse sentido, para quem o Estado Democrático de Direito representa mais do que uma classificação de Estado ou uma variante de sua evolução histórica - Estado Liberal e Estado Social (que não se teve propriamente no Brasil), onde a preocupação central estava no Legislativo e no Executivo –, mas sim a construção de condições de possibilidades para suprir as lacunas destas etapas e fazer cumprir as promessas não alcançadas da modernidade, o que desloca o *locus* da problemática para esfera judicial:

Desse modo, se, no paradigma liberal, o direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no modelo de Estado Social sua função passar a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do direito passa a ser transformadora, onde o polo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais,

passa para os Tribunais Constitucionais. E é evidente que isso gera(rá) problemas. (Streck, 2013, p. 168)

Os problemas aventados por Streck (2013) são justamente os entraves das doutrinas que se construíram neste neoconstitucionalismo. Construções teóricas que, no objetivo de superar as dificuldades do modelo positivista normativista, acabam resvalando no mesmo problema. Considerando o referencial teórico de Streck (2013), pautado na hermenêutica-filosófica, o neoconstitucionalismo não teria superado o sujeito solipsista da modernidade, que coloca o objeto em sujeição a si e a linguagem uma terceira coisa no entremeio daquelas.

Para Streck e Ferrajoli (2012), a importação do termo neoconstitucionalismo pelos juristas brasileiros acabou gerando condições patológicas, incentivando ou institucionalizando uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, o que teria cunhado o procedimento da ponderação como o instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial, à semelhança do ativismo judicial norte-americano:

[...] sob a bandeira “neoconstitucionalista” defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como: *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo [...]. (Streck, 2012, p. 62)

Prefere-se, assim, traçar o momento histórico-político no qual se insere o direito e o dever fundamentais que fizemos alusão na primeira seção desse artigo seguindo um referencial streckiano de Constitucionalismo Contemporâneo, caracterizado este como o “movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o

exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” (Streck, 2012, p. 64).

O neoconstitucionalismo, por sua vez, fica dependendo de posturas axiológicas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial. Conforme definição de Susanna Pozzolo, o movimento neoconstitucionalista, apesar de não ser atribuído a somente um autor, tem como característica a origem das discussões dicotômicas, na teorização e aplicação do direito, dos princípios contra as normas, da ponderação na interpretação contra a subsunção, da Constiuição contra a independência do legislador, e dos juízes contra a liberdade do legislador. (1998, p. 340-341)

Parte dessa doutrina decorre do célebre debate entre Hart e Dworkin, onde se discutiu, dentre outros temas, a suposta abertura do texto da norma, hipótese que permitiria a discricionariedade do intérprete para responder aquilo que o positivismo hartiano considerava “casos difíceis”. Os “fáceis”, por sua vez, seriam resolvidos mediante dedução lógica ou método subsuntivo, já que o texto da norma teria a resposta da questão jurídica. Àqueles sobraria, então, o espaço para discricionariedade ou a criação do direito por parte do intérprete.

Dworkin repele esta discricionariedade hartiana levantando a bandeira de sua teoria integrativa. Nesta, o intérprete não está livre para julgar segundo a sua consciência, que seria o resgate do paradigma superado da modernidade, do sujeito solipsista que segue amarrado à sua responsabilidade política para com a história jurídico-institucional construída com as exigências do presente. (Streck, 2014)

Para Dworkin, as partes do processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido (algo muito parecido com o que sustentamos por direito fundamental à resposta correta, inclusive, sendo proveniente desta doutrina a metáfora). Este, por sua vez, seria o fundamento para todos os casos, sejam fáceis ou

difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial, quanto o poder criativo dos juízes, defendidos por Hart. (Streck, 2014)

Por outro lado, este ordenamento previamente estabelecido não é apenas composto por regras, mas, sobretudo, por princípios. Isto porque se reconhece que a sociedade é formada por pessoas que, além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas ações. Todavia, em Dworkin, assim como em Streck e Ferrajoli, os princípios não propiciam a suposta abertura interpretativa que os mesmos lêem em Hart, e que autorizaria a discricionariedade. Eles seriam responsáveis pelo fechamento do sistema, vedando a discricionariedade. (Streck, 2014)

Enfim, é como o romance em cadeia, metáfora citada pelo próprio Dworkin, pelo qual o interprete deve manter a coerência na reconstrução da história. Nesse contexto, caminhando à construção da tese da resposta correta, segundo a qual o direito sempre teria (uma) resposta correta (assunto que nos debruçaremos melhor linhas abaixo). Noutros termos:

[...] o direito como sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada. (Streck, 2014, p. 59)

Na perspectiva de Hart, múltiplas respostas seriam inerentes aos resultados dos casos difíceis. O sujeito solipsista da modernidade permaneceria vivo, nada obstante a virada linguística proposta pela filosofia da linguagem, e as discricionariedades certamente caminhariam para arbitrariedades, distorcendo a concepção de Estado Democrático de Direito, para governo dos juízes. Portanto, a decisão que se fundamenta na discricionariedade e criatividade judicial não responde à fundamentação cuja nota de fundamentalidade defendemos e que constitui o caminho à “decisão democrática”. Vale o jargão streckiano: “não se pode falar qualquer coisa, sobre qualquer coisa”.

Na esteira de Streck,

[...] discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Por isso, deveria ser despicando acentuar ou lembrar que a crítica a discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (“Sinngebung”). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, “comandado” por uma Constituição. Assim, afirmar que as palavras da lei (lato sensu) contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidade de significado, não constitui novidade. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do interprete, dando assim razão a Kelsen, para quem “a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade” (Streck, 2013, p. 592).

Outra problemática que vem sendo reiteradamente debatida pela doutrina strekiana e que é afim com as teorias que se constituíram no pós-positivismo ou no neoconstitucionalismo, também com o entrave do decisionismo e da discricionariedade, por assim, ao fundo, revelarem a manutenção do esquema sujeito-objeto, diz respeito a mal entendida ponderação de princípios e normas na aplicação do direito, também proposta pela doutrina de Robert Alexy.

Antes de avançar nessa discussão, recorde-se que muitas teorias que foram construídas com o objetivo de superar o positivismo acabaram resvalando no mesmo entrave desse modelo. E que entrave seria este? O do voluntarismo ou do triunfo da vontade: no positivismo exegético, a racionalidade que se transporta na vontade do legislador; já no positivismo normativista, na vontade do juiz. Logo, seja o legislador seja o juiz, tais modelos sempre dependem do sujeito que assujeita o objeto. (Streck, 2013)

No senso comum teórico³, pensar em positivismo significa pensar no positivismo exegético, ou seja, no juiz boca-da-lei, como também classificar Kelsen dentro destes positivistas, ignorando o “decisionismo” que assume em sua obra, ao admitir a

interpretação como um ato de vontade. Streck (2013), outrossim, faz um corte que estreita toda postura decisionista e discricionária – voluntarista – como característica de todo e qualquer positivismo, notadamente, da modalidade de positivismo que hoje impera, normativista, em razão daquilo que neste artigo optouse por chamar de “panprincipiologismo”.

Ao se afirmar “panprincipiologismo”, faz-se importante frisar que hoje muito se fala em “era dos princípios constitucionais”, o que fez com que parcela considerável da doutrina considerasse os princípios constitucionais como sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como suporte dos valores da sociedade. Com a “positivação dos valores”, como se costuma anunciar os princípios constitucionais, há uma facilitação da criação de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito desse o respaldo à legitimidade principiológica, “da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ (*sic*) as incertezas da linguagem” (Streck, 2012, p. 65).

O que se vê, portanto, é o crescimento de um conjunto de alibis teóricos que encarnam um “princípio” com força normativa, sendo inclusive batizados, como “princípio” da simetria, da precaução, da não-surpresa, da afetividade, da verdade real, do livre convencimento do juiz, da cooperação processual, e, ainda, da felicidade. Os citados “princípios” nada mais são do que a confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto, através do qual o intérprete lança mão de sua subjetividade para fundamentar a decisão judicial. Este também para a ser um dilema do “neoconstitucionalismo”:

La conceptualización de los principios como normas morales positivizadas conduce a sostener que la regla de reconocimiento iuspositivista [...] no está en condiciones de dar cuenta de estos estándares normativos o, mejor dicho, está en condiciones de reconocer sólo algunos de ellos. Los principios son, empero, fundamental a nivel de justificación: permiten el paso del discurso jurídico al moral proveyendo,

en última instancia, la justificación última de las decisiones jurídicas. (Pozzolo, 1998, p. 343)

Assim, a diferença dos modelos positivistas – exegético e normativista ou o de antes e o de hoje –, conforme Streck (2013), é que agora não se realiza mais uma pirâmide formal de conceitos para apurar o sentido do direito positivo; ao revés, se utiliza do intérprete como canal através do qual os valores sociais invadem o direito. Esse, pois, é o papel que os supostos “princípios” têm ganhado no cenário da *escolha* da decisão.

Nada obstante, os juristas que se colocam neste plano de subjetividade são obrigados a admitir múltiplas respostas na hora de decidir, já que, no campo da semântica, as palavras contêm incertezas designativas e significativas que admitem uma pluralidade de sentidos. Logo, a decisão passar a ser uma escolha de sentido, e não uma decisão “democrática”.

É nesse contexto, por exemplo, que se insere a ponderação alexyana, a qual não se livrou das amarras do positivismo normativista, mantendo-se estreita ao esquema sujeito-objeto próprio da filosofia da consciência. Nos casos fáceis, o nível da sintaxe resolveria o problema, ou seja, o exegetismo responderia ao conflito surgido no âmbito das regras⁴. Todavia, quando se estivesse diante de um caso difícil, Alexy apelaria para outro nível da semiótica, a pragmática. Assim sendo, a ponderação alexyana, desenvolvida para a resolução da colisão entre princípios, sempre dependeria do sujeito e de sua subjetividade, abrindo espaço à malfadada discricionariedade, pelo uso da razão prática para corrigir as insuficiências do direito. (Streck, 2013)

O mais paradoxal é que a teoria alexyana foi desenvolvida para racionalizar a ponderação de valores. Ocorre que no Brasil os pressupostos formais racionalizadores da teoria são praticamente desconsiderados. Nesse sentido, basta ver as decisões levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, aplicando a proporcionalidade alexyana, pelo simples sopesamento dos interesses: “entre dois princípios que colidem, o intérprete *escolhe*

um⁷⁵ –, retornando às estratégias da fundamentação da jurisprudência da valoração. (Streck, 2012)

Com efeito, quando Dworkin ataca o positivismo, não está se dirigindo ao positivismo exegético, mas sim ao positivismo que coloca na discricionariedade – ou na vontade – do intérprete o poder de estabelecer os sentidos jurídicos. (Streck, 2013).

Destarte, o drama da discricionariedade é que ela transforma os juízes em legisladores, o que em tese falseia a superação do positivismo. O que de fato parece ter ocorrido é a substituição do formalismo racionalista, que traz por de fundo a vontade do legislador, pelo voluntarismo judicial, permanecendo o direito na alçada da vontade do poder de Kelsen.

Além disso, o poder discricionário propicia a criação do próprio objeto de conhecimento, típica problemática que remete a questão ao solipsismo característico da filosofia da consciência. Nesse prisma do raciocínio, concebe-se a razão humana como fonte iluminadora do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. (Streck, 2013)

Nas palavras da crítica hermenêutica:

[...] o ponto fulcral não está nem no exegetismo, nem no positivismo fático [...] e tampouco nas teorias que apostam na argumentação jurídica como um passo para além da retórica e como um modo de corrigir as insuficiências do direito legislado. Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver o problema de como se interpreta e como se aplica, localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito da subjetividade assujeitadora, objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro linguístico-ontológico e que não foi recepcionado pelo direito. (Streck, 2013, p. 595)

Diante dessa problemática apresenta-se o papel da hermenêutica: “Parar de dizer obviedades, [...] e enfrentar de frente o problema representado pelo ‘triunfo da vontade’”, construindo o espaço no qual se possa fundamentar adequada e constitucionalmente a decisão judicial, livre que está tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas postu-

ras que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas. (Streck, 2013, p. 206)

Resgatando-se novamente a problemática “panprincipiológica”, que se origina da equivocada ideia de que os “princípios” proporcionariam uma abertura interpretativa do direito, mediante a qual o intérprete destes axiomas se valeria para direcionar a decisão judicial no sentido da sua subjetividade, mostra-se de extrema importância que a decisão judicial perpassasse por uma “filtragem hermenêutico-constitucional”, a fim de se obter uma fundamentação adequada e uma justificação consistente do direito que está sendo reconhecido e que será aplicado ao caso concreto. (Streck, 2012, p. 71)

A grande discussão que ronda o Constitucionalismo Contemporâneo, nessa concepção de Estado Democrático de Direito e do papel transformador assumido pelo Direito neste cenário onde o protagonismo é assumido pelo Judiciário através da figura do juiz, fica por conta da questão envolta do subjetivismo – ou da manutenção do esquema sujeito-objeto –, no ato de proferir a decisão que assim deve se coadunar com o paradigma constitucional.

Em muitos discursos é clara a noção de *escolha*, e não de “decisão democrática”, a qual pressupõe “fundamentação democrática”, para resultar na resposta correta, consistente na “resposta constitucionalmente adequada ou hermenêuticamente desvelada”, ambos ganhando a nota da fundamentalidade material, conforme antes demonstrado.

Encerrando a segunda seção desse artigo, o caminho da resposta tem como referenciais teóricos a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria integrativa do direito de Dworkin, ambos apresentados por Streck:

Gadamer [...] faz uma ruptura com o método a partir da superação do esquema sujeito-objeto, confrontando-se, abertamente, com o sujeito solipsista (‘Selbstsüchtiger’) da modernidade. [...] coloca a autoridade da tradição, a aferição da verdade hermenêutica a partir dos pré-juízos legítimos e ilegítimos, circunstância que reforça a relação da

hermenêutica para com o direito, mormente pelo locus privilegiado representado pela Constituição. (Streck, 2013, p. 591)

A hermenêutica não vai abrir mão do sujeito da relação, enfim, do sujeito que lida com os objetos. O que ela supera é o esquema sujeito-objeto, responsável pelo sujeito solipsista que sustenta as posturas subjetivistas-axiologistas da maioria das teorias do direito deste século. Na hermenêutica, portanto, há um efetivo controle da interpretação, a partir da tradição, da obrigação de coerência, da integridade, da igualdade, da isonomia, enfim, através da incorporação dos princípios constitucionais, que se pode chamar de “virtudes soberanas”. Por isso, “os discursos predadores do direito são rechaçados por esta blindagem hermenêutica que protege o direito produzido democraticamente” (Streck, 2012, p. 79).

E é por isso, também, que se pode sustentar respostas adequadas à Constituição, e, portanto, apostar em um teoria da decisão, e não apenas no sistema de normas fruto da legislação. Múltiplas respostas dizem com um relativismo umbilicalmente relacionado às posturas positivistas, na medida em que abre à discricionariedade judicial.

Nas palavras de Nascimento:

O atual momento em que se encontra o direito constitucional necessita de meios para adquirir efetividade. Nesse passo, verifica-se a utilização da hermenêutica, que trabalha com o dar sentido ao texto jurídico, com o Daisen (ser-aí). Essa nova forma de exegese busca retirar o véu que encobre os operadores jurídicos, objetivando o ‘des’ velamento (alétheia) da aplicação do direito ao caso em concreto. (Nascimento, 2009, p. 155)

É nesse caminho que se defende a Crítica Hermenêutica do Direito, ou Nova Crítica do Direito, para a busca de uma “fundamentação democrática” ou ainda à satisfação do direito e/ou dever fundamental de fundamentação. Quer-se dizer: através de uma análise fenomenológica permitir o desvelamento daquilo que, no comportamento cotidiano, é ocultado, o exercício

da transcendência, no qual não aparece o ser, mas também o ser-aí, o ser-no-mundo, como proposto por Heidegger. Nesse, o “processo interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo, onde a linguagem deixa de ser um instrumento, uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e o objeto, passando a ser condição de possibilidade.” (Nascimento, 2009, p. 162)

4. Da concretização do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada ou hermeneuticamente desvelada: *ponto de chegada à “decisão democrática”*

Apresentada a hermenêutica filosófica como matriz adequada à busca ou à realização do direito e/ou dever fundamental de fundamentação, nunca é demais lembrar que sua perspectiva é desvinculada de uma proposta metodológica, afinal, “verdade é contra o método” no referencial gadameriano. Assim, dentro dos limites desse artigo, cabe estreitar o conceito de “fundamentação democrática” como resposta constitucionalmente adequada ou, se se preferir hermeneuticamente desvelada, o que representa os últimos passos até a “decisão democrática”.

No contexto do paradigma constitucional, certo é que a *escolha* do sentido do texto não pode ficar relegada à conveniência do intérprete. Logo, a “decisão democrática” aqui ensaiada não pode ser o resultado de *escolhas* majoritárias ou de convencionalismos. Isso é próprio de paradigmas superados, os quais encontram posturas positivistas e permitem a discricionariedade e o decisionismo dos juízes.

Defender esse voluntarismo implica dizer que o direito está autorizado a amparar soluções divergentes a um mesmo caso, dentre as quais o juiz *escolhe* a que lhe parece moralmente mais apropriada – como se a moral fosse eficaz na correção do direito?! – ou socialmente mais útil – como se o direito se relacionasse

diretamente com a razão prática, ou como se primeiro se decidiu para depois se justificar essa posição/escolha.

Tratar da “decisão democrática” implica contextualizar a problemática na perspectiva dos direitos e deveres fundamentais, ou seja, no cerne do Constitucionismo Contemporâneo: a democracia. Toda decisão é um ato de poder e, se este poder não estiver completamente legitimado, isto é, embasado em pressupostos constitucionais, estar-se-á diante de um poder ilegítimo, arbitrário.

Logo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não se admite decisão “meio” fundamentada e nem a resposta que não seja adequada, como resultado desse processo. Outrossim, a decisão, devida e democraticamente fundamentada, alcançará a resposta correta ou constitucionalmente adequada, ultimando com a realização dos dever e direito fundamentais que aqui referenciamos.

Desde quando se reconhece a diferença entre texto e norma – quer dizer, que o texto não compreende a extensão do conteúdo linguístico da norma, embora façam parte de um mesmo todo –, e que a fundamentação parte do reconhecimento da diferença ontológica – a partir do que a hermenêutica cinde o juízo apofântico do hermenêutico –, os sentidos se dão intersubjetivamente. A diferença ontológica é o elemento do ser-aí-no-mundo, pressupondo antecipação de sentido, revelada pela pré-compreensão, que é colocada à prova pela tradição e pela noção de integridade e de coerência do direito, resultando em uma compreensão autêntica que deve permear a decisão judicial.

Nesse contexto:

[...] Gadamer [...] reconstrói a estrutura ontológica do círculo hermenêutico heideggeriano. Destaca-se que a categoria do círculo hermenêutico ou do sentido reduplicado, é de fundamental importância para o direito e para jurisdição constitucional, pois a premissa filosófica demonstra que a história, a cultura e a tradição já estão na estrutura da compreensão do interprete, formando uma circularidade [...]. Isso sublinha a necessidade de fundamentação do julgador para se atingir

a resposta hermeneuticamente adequada em cada processo. (Nascimento, 2009, p. 153-154)

Assim é que a hermenêutica – e a sua circularidade – permite alcançar a resposta adequada à Constituição, na hipótese concreta. Segundo Streck (2013), não se trata simplesmente de aderir à tese da única resposta certa proposta por Dworkin, mas sim uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, logo, “a resposta” correta (Streck, 2013, p. 316).

Estreitos ao dever fundamental de fundamentação e ao direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada (correta) estão os princípios – virtudes – da integridade e coerência do direito. São eles que, no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito, com destaque à ínsita tradição, conduzirão à resposta correta.

A decisão judicial democrática, portanto, não exsurdirá do balanceamento que o intérprete faz entre supostos valores em colisão, mas, sim, da reconstrução do direito, em respeito à integridade e à coerência da questão jurídica em debate. (Streck, 2013)

Aos juízes se imputará a responsabilidade política enfatizada por Dworkin, responsabilidade para com o resgate da tradição, dos princípios constitucionais ou das questões de princípio postas à discussão, da doutrina e mesmo dos julgados já proferidos sobre a temática. A partir disso, colocando todo este arcabouço à prova da Constituição, que, ao fim e ao cabo, conduzirá ao desvelamento do sentido do direito em liça.

Portanto, o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição. (Streck, 2013)

Assim é que:

[...] essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma

jurídica com a constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável à hipótese (ao caso). Mais ainda, há que se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vorverständnis*), condição para compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário, primeiro, compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*verstehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição. A decisão constitucionalmente adequada é a *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). (Streck, 2013, p. 343)

Tal responsabilidade política se *traduz* no próprio dever fundamental à fundamentação democrática defendida, através da regra do art. 93, IX, da Carta Constitucional de 1988. Lá se encontra o dever que exige que o juiz explicita as condições pela qual compreendeu o caso, sendo que o resultado desta compreensão é a *aplicação* do direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada ou, se assim se quer, hermeneuticamente desvelada.

Assim, é condição de possibilidade da decisão jurídica a fundamentação da compreensão. E isso quer significar que a historicidade da compreensão – ou a reconstrução do direito, como exigência da integridade e coerência através daquilo que ganha relevo sob o nome de tradição na hermenêutica – se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação da decisão, revelando-se, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Pela observância do dever e de seu correlato direito decorrentes da “fundamentação democrática”, supera-se os resquícios teóricos dos paradigmas passados, como a prática da subsunção norma-fato ou do silogismo-dedutivista.

A necessidade da fundamentação nos moldes apresentados impede que as decisões se resumam à citação de enunciados assertóricos e anti-hermenêuticos. Isso quer dizer que se afasta a

possibilidade de se dizer que o juiz primeiro decide e depois encontra “fundamento” para sua opção. (Streck, 2013)

Reconhecer mais o direito fundamental à resposta correta – ou constitucionalmente adequada – significa substituir qualquer pretensão solipisita pelas condições histórico-concretas, sempre com destaque à tradição respaldada pelas noções de integridade e coerência do direito.

Nesse caminho, o dever e o direito fundamentais que emanam da “fundamentação democrática” estão aptos à superação do principal problema evidenciado pelo Constitucionalismo Contemporâneo: o predomínio da relação sujeito-objeto.

Nessa medida, o “direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, [...] é um ‘produto’ filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto [...]”. (Streck, 2013, p. 344).

Portanto, para além da cisão estrutural entre os casos simples e os casos difíceis, pensar em uma decisão judicial democrática pressupõe o reconhecimento dos direito e dever fundamentais da “fundamentação” também qualificada por “democrática”, construída pela coerência da utilização dos princípios constitucionais que repercutem a história institucional do direito a ser aplicado. Nessa direção, é superado o voluntarismo, que anda de mãos dadas com a arbitrariedade, e ainda protege-se a função principal do direito nesta quadra da história: a preservação da democracia.

5. Considerações finais

Algumas premissas conclusivas podem ser extraídas pelas ideias propostas nesse artigo. Metodologicamente, tratou-se de três perspectivas que conduziram o desenrolar do estudo, as quais serão sintetizadas para, ao fim, as efetivas considerações finais seja tecidas.

Primeiramente, reconheceram-se os dever e direito fundamentais correlatos à fundamentação democrática das decisões judiciais, que são a própria fundamentação e a existência da resposta constitucionalmente adequada como premissa básica e ponto de partida à “decisão democrática”. De outra forma, precisa-se da teoria dos direitos fundamentais, inclusive, do efeito proporcionado pelo dever de proteção, para respaldar a perspectiva da validade da decisão, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a partir da concretização destes dever e direito fundamentais.

Após, mostrou-se a extensão ou o referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, demonstrando como alcançar a satisfação destes dever e direito fundamentais, pressupostos da decisão democrática. Aqui, partiu-se da concepção de Estado Democrático de Direito, estreitando esta noção à concretização dos direitos e deveres fundamentais e, assim, à democracia, para, a partir disso, questionar algumas ideias surgidas com o “neoconstitucionalismo”, o qual tem como desiderato satisfazer estes direito e dever fundamentais. Mas que, ao fim e ao cabo, apostam na subjetividade do intérprete, na condição deste espelhar-se em valores morais supostamente capazes de corrigir o direito.

Nesse ínterim, acusou-se que o grande problema do Constitucionalismo Contemporâneo não está exatamente no resgate do exegetismo ou mesmo no normativismo (modelos positivistas que, respectivamente, encontram na lei e no juiz o sentido da norma). Mas sim na não superação paradigmática da filosofia da consciência que marcou a modernidade, onde o seu sujeito é o produtor e o iluminador dos sentidos das coisas.

Percebeu-se que as teorias que surgiram neste patamar da história constitucional, cuja orientação deveria se dar pela perspectiva do Estado Democrático de Direito, permitem e, por vezes, defendem discricionariedades e decisionismos, atitudes estas que são a porta de entrada para o voluntarismo e a conclusão

do predomínio da vontade do sujeito na decisão judicial, ou, se assim se queira, na manutenção da relação sujeito-objeto própria do paradigma passado (filosofia da consciência).

Para solucionar essa imprecisão, apresentou-se a hermenêutica, especialmente a Crítica Hermenêutica do Direito, como apta para essa superação paradigmática, eis que livre do sujeito que assujeita o objeto. Nessa, a solução estaria no resgate da tradição histórico-jurídica do direito, em cotejo com o norte constitucional, para produzir o sentido do direito ao caso concreto objeto da decisão.

Por fim, o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada ou hermeneuticamente desvelada vale-se da responsabilidade política do intérprete para, através das virtudes da integração e da coerência, que corresponde ao que a hermenêutica chama de tradição, sempre em consonância ao texto constitucional, satisfazer seu dever fundamental de fundamentação democrática e, nessa linha, alcançar/aplicar o direito fundamental à resposta correta.

Como se pode observar, propôs-se um caminho à decisão considerada “democrática”, ou seja, à decisão judicial própria do paradigma constitucional vigente. Essa decisão tem um *início* com o reconhecimento da fundamentalidade do dever de fundamentação democrática e do direito à resposta correta. O *meio* (nunca pretendendo ser um método) perpassa pela Crítica Hermenêutica do Direito. E o seu *fim* está resposta correta para a situação em debate.

Seguindo esse percurso, foge-se da *escolha* subjetiva do intérprete, que, por vezes, primeiro elege o interesse que lhe parece mais adequado para, depois, justificar essa opção. Mas também se avança à *decisão democrática*, necessária no âmbito do Estado Democrático de Direito. Em suma, aplaude-se a democracia e repudia-se a vontade do poder.

6. Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. E SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constituição do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Traducción de Josep M. Vilajosana. Doxa 21-II, 1998, p. 339-353.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 8. nº 2. p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>; Acesso em 14 jul. 2014.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. O Solipsismo Hermenêutico e os Obstáculos à Concretização da Constituição no Brasil. In: *Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional*. Org. TRINDADE, André Karam et al (Org.). Florianópolis: Conceito Editora, 2013, p. 19-66.

_____. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº XLI, Valparaíso/Chile, 2013, 2º semestre, p. 577-601.

_____. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *NEJ*. Vol 14, n. 2, 2º quadrimestre de 2009, p. 3-26.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Notas

¹ Vale destacar a existência de doutrina, advogando sobre uma terceira divisão, como sendo a dos direitos apenas formalmente fundamentais, a exemplo, dos posicionamentos de Canotilho (1999) e José Carlos Vieira de Andrade (1987). Estamos com Sarlet (2012), no sentido de que todos os direitos que são formalmente fundamentais, assim também o são materialmente fundamentais.

² Viet Harlan, diretor de cinema do período nazista, reapareceu no cenário cinematográfico do pós-guerra com o filme chamado *Unsterbliche Geliebte* (Amante Imortal). Erich Lüth, líder do clube de imprensa de Hamburgo e ativista engajado no esforço de reconciliação entre alemães

e judeus, incitou os donos de cinemas a não exibir o filme de Harlan e os alemães a não assisti-lo, caso ele fosse exibido. As companhias cinematográficas intentaram uma medida judicial para impedir Lüth de repetir seu chamamento ao boicote. Ganharam respaldo da jurisprudência da época, porém, Lüth ingressou com uma Queixa Constitucional, na Corte Máxima, e invocou seu direito à liberdade de expressão, garantido no art. 5º da Lei Fundamental Alemã. O argumento das companhias cinematográficas era justamente que os direitos fundamentais eram aplicáveis apenas nas relações entre o Estado e indivíduos. O cerne da questão era a aplicação tão-somente horizontal dos direitos fundamentais. Para responde-la, o Tribunal passou a dizer que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas também expressão de valores objetivos. Chamou-se a isso de efeito irradiante dos direitos fundamentais. (GRIMM, 2007)

- ³ Fazendo menção ao termo desenvolvido pela doutrina de Luis Alberto Warat.
- ⁴ Destacamos que, para Alexy (2011), o conflito de regras se resolve pelo método da subsunção ou mediante a inclusão de uma cláusula de exceção. Fala-se do critério tudo ou nada. Já a colisão entre princípios, pressupõe a aplicação da lei de colisão, o que determina a aplicação da fórmula peso. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto. A solução para esta colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (Alexy, 2011, p. 95-96).
- ⁵ Merece ser destacado que a tese da ponderação proposta por Alexy não envolve essa *escolha* direta.