

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. I Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

THEMIS *VERSUS* HÉRCULES: UMA CONCORRÊNCIA DE PARADIGMAS²⁴⁵

Bruna Rodrigues Colombaroli²⁴⁶

Sumário: 1 Introdução; 2 Um “presente de grego” ao estado democrático de direito; 3. A superação de um enfoque ontológico e sua relação com a efetividade das normas constitucionais; 4. O conceito de paradigma; 5. Os paradigmas jurídicos de maior sucesso na modernidade; 6. A interpretação do direito e as rupturas paradigmáticas; 7. Interpretação e aplicação do direito no estado democrático de direito; 8. Referências bibliográfica

1 INTRODUÇÃO

Com o incremento da complexidade da sociedade contemporânea, observa-se uma concorrência de horizontes de sentido que podem informar a atividade de interpretação e aplicação do Direito. Por meio de uma reconstrução paradigmática da atividade hermenêutica e de uma superação da chamada filosofia dos dois mundos, busca-se determinar

²⁴⁵ A expressão “concorrência de paradigmas” fora desenvolvida por Jürgen Habermas ao tratar a interpretação do Direito no Estado democrático de Direito. Sobre isso, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107 *et seq.*

os pressupostos de uma atividade hermenêutica constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nota-se hoje, no Brasil, um sem número de decisões proferidas pelo Judiciário que são fortemente atacadas pela opinião pública que as considera incompatíveis com as expectativas de justiça então existentes. Essas decisões são taxadas de “injustas” e de caráter autoritário pela sociedade e terminam por inviabilizar a contribuição do Direito Moderno nos processos de integração social.²⁴⁷

Uma situação de forte rejeição social pode ser observada em decisão relativa à aplicação da Lei 9.313/96, criada para garantir aos portadores de HIV e doentes com AIDS a medicação necessária ao seu tratamento. Tal norma estabelecia, provavelmente com o fim de evitar sua desatualização, que Ministério da Saúde especificaria os medicamentos necessários ao tratamento em uma lista, a fim de que fossem adquiridos e disponibilizados pelos gestores do SUS. Com o passar do tempo e o surgimento de significativas inovações no tratamento da AIDS, os interessados ingressaram em juízo pleiteando os novos medicamentos, visto que não haviam sido incluídos na referida lista, muito menos disponibilizados. Ao decidir acerca da antecipação de tutela, um juiz da 7ª vara da Fazenda Pública da comarca de São Paulo negou o pedido, nos seguintes termos (²⁴⁸):

²⁴⁶ Acadêmica de Direito – FD-UFGM; Monitora de Graduação, Departamento de Direito Público, Teoria da Constituição e Direito Constitucional.

²⁴⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 51.

²⁴⁸ Fonte: a referida sentença foi apresentada como objeto de análise crítica para os alunos da Disciplina Direito Constitucional I, no 2º semestre letivo de 2002,

Indefiro a antecipação de tutela. Embora os autores aleguem ser portadores de AIDS e objetivem medicação nova que minore as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar às expensas do Estado exame de genotipagem e a aquisição de medicamentos que, segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS.

A lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estágio evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal.

Por outro lado não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano.”

2 UM “PRESENTE DE GREGO” AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A permutação de costumes e tradições definem a gênese dos gregos. Eles foram os primeiros a se preocuparem com a ordem ética, através de um enfoque metafísico e, foram pioneiros no desenvolvimento de uma reflexão acerca da essência do direito e da justiça. Deve-se, contudo, ressaltar que quando se menciona direito e

pelo Prof. Dr. Daurý César Fabríz, na Faculdade de Direito da UFGM, e, posteriormente, debatida no grupo de estudo “Interpretação Jurídica e Estado

justiça, na Grécia Antiga, trata-se de um amálgama normativo, que encerra indistintamente os ordenamentos religião, moral, ética, tradição e costume. A mitologia grega, por sua vez, personificava as idéias de direito e de justiça nas deusas Themis e Dike.²⁴⁹

Themis, prefiguradora da inteligência, é a figura mítica mais antiga relacionada ao direito. Era a esposa de Zeus, e no Olimpo, auxiliava-o na convocação de reuniões e no processo de suas deliberações. Alguns autores, acreditam que Themis tenha sido a mãe de Propedeu, assim, seria a criadora dos oráculos e das leis. Dike, filha de Themis, possuía a tarefa de “carregar” o Direito do Olimpo para terra, ela levava o direito para os homens.²⁵⁰

Ao longo da história até os dias de hoje, a influência do pensamento grego é incontestável. As concepções de direito e justiça sofreram drásticas transformações até a chegada da modernidade, quando o direito deixou de ser algo devido à alguém em função do local do seu nascimento na absolutizada sociedade de castas²⁵¹, e passou a ser um ordenamento de leis gerais, abstratas e válidas para TODOS os membros de uma sociedade, aparado por um nascente modelo de organização política – o Estado.

Democrático de Direito”, coordenado pelos Professores Doutores Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Cattoni, na mesma instituição de ensino.

²⁴⁹ Cf. COELHO, Luís Fernando. *Introdução histórica à filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Forense, 1999, p. 23 *et seq.*

²⁵⁰ Cf. COELHO, Luís Fernando. *Introdução..*

²⁵¹ Cf. CARVALHO NETO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Revista de direito Comparado*, vol. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.473-486.

Apesar de todas as transformações sociais, políticas, econômicas, normativas, culturais, artísticas que ocorreram desde a Antigüidade até os dias de hoje, a figura de Themis fora imortalizada, transformando-se, para muitos, no ícone da imparcialidade, modelo capaz de nortear a aplicação do Direito na Modernidade. A deusa de olhos vendados, que carrega em uma mão a espada e na outra a balança, é, dessa forma, tomada como representação da imparcialidade do Poder Judiciário.

Muitos juízes, assim como Themis, e o da referida decisão, de olhos fechados exercem sua atividade acreditando que a garantia de imparcialidade estaria em não perceber as partes e suas peculiaridades, pois a própria generalidade e a abstração das leis garantiriam, de forma ampla, um tratamento igualitário e a justiça.

Entretanto, no atual paradigma a interpretação e a aplicação do Direito deve ser cada vez mais complexa, uma vez que, requer a consideração de texto, contexto, fatos e princípios, atestando, assim, que leis devem ser recorrentemente tematizadas, ou seja, não podem ser hiperdimensionadas devido a sua generalidade e abstração.

Para uma melhor apreensão desse redimensionamento da atividade hermenêutica do juiz, construída de forma adequada ao Estado Democrático de Direito, torna-se imperiosa a noção de paradigma e a superação de um “enfoque ontológico” em relação à efetividade das normas constitucionais.

3 A SUPERAÇÃO DE UM ENFOQUE ONTOLÓGICO E SUA RELAÇÃO COM A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, observou-se o processo de descolonização dos continentes africano e asiático e a expansão do movimento constitucionalista. As novas nações promulgavam suas Constituições, como premissa para adquirirem o *status* de “nações civilizadas”. Os textos constitucionais de todas essas nações declaram liberdade e igualdade formais e buscam organizar racionalmente o poder, possuindo conteúdos extremamente semelhantes aos das Constituições de países com maior tradição constitucional.

Tais semelhanças, entretanto, ocultam as especificidades de cada Estado. Isso delata o fato de que o projeto constitucional - uma sociedade de homens, mulheres e crianças que se reconhecem como livres e iguais e co-autores das leis que disciplinam seu viver comum - não fora instantaneamente acatado por todas as nações que vinham a nascer, cujas estruturas de organização encontravam-se arraigadas em condições tribais ou estamentais. Autores sensíveis a todo este contexto de distanciamento entre a prática e o texto constitucional, sentiram a necessidade de se elaborar uma classificação das

“Constituições de Terceiro Mundo”.²⁵² Foi, então, que Karl Loewenstein²⁵³ propôs a classificação das Constituições - em semânticas, nominais e normativas - através de uma metodologia “ontológica”, que trabalha com a comparação entre a Constituição formal ou “ideal” - cujo o texto não passa de ideais inalcançáveis e Constituição “real” ou vivenciada, ou seja, aquela que está consoante às gramáticas das práticas sociais.

O enfoque “ontológico” perpetua a teoria dos dois mundos - teoria que considera a existência de um mundo real e um mundo ideal, ao identificar contradições, hiatos ou uma dialética entre a norma e fato, ou seja, entre o Direito e a realidade.²⁵⁴ Esse tratamento, portanto, confirma a existência de normas reais e ideais como pressuposto para a explicação do problema da dissonância constitucional. Dessa forma, teorias jurídicas normativas interpretam o Direito, apontando contrates e hiatos entre um Direito Constitucional que busca ser legítimo e uma realidade que é configurada por práticas autoritárias que resistem obstinadamente.²⁵⁵

²⁵² Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Revisão Constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1998 e as potencialidades do poder revisional nela previsto*.

²⁵³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

²⁵⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 36.

²⁵⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 36

Nota-se que através da superação de uma filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem é perfeitamente possível se apreender que este enfoque que, prevê um hiato entre o “real” e “ideal”, acaba por justificar e absolutizar aquilo que pretende combater ao descrever essa distância, esse hiato. E, por isso mostrando-se:

...empiricamente inoperante, diante de entraves e obstáculos a uma convivência constitucional e democrática, tantas vezes presente nos contextos sociais atuais – e não somente num país como o Brasil, com recorrentes momentos de inércia e déficit de integração social, que pedem uma efetiva alteração de postura diante deles.²⁵⁶

Somente um posicionamento que assuma a essência lingüística e textual da condição humana²⁵⁷, que enxergue uma tensão entre facticidade e validade do Direito é que permitirá a superação da dicotomia entre “Constituição ideal” e “Constituição real”.²⁵⁸ Os pressupostos lingüísticos da comunicação de caráter contrafactual são pretensões idealizantes que permeiam nosso viver. Evidenciam que a realidade está repleta de idealidade, por isso, em permanente tensão. Essa tensão entre facticidade e validade existe no Direito positivo moderno, e é descrita por María Fernanda Salcedo Repolês:

²⁵⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 36.

²⁵⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Revista de Direito Comparado*, vol. 03. Belo horizonte: Mandamentos, 200, p.473 -486.

²⁵⁸ Sobre esse posicionamento que considera que “real” e “ideal” estão em permanente tensão, o capítulo 1 de onde o Pr. Dr Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira considera esse posicionamento como pressuposto fundamental para uma “... teoria pós – ontológica da Constituição”.

....ele [direito positivo moderno] possibilita , por meio de sistemas de normas, comunidades artificiais, na forma de membros livres e iguais, cuja coesão se garante por dois fatores simultaneamente: 1) sanções externas, isto é, o caráter coercitivo; 2) pela suposição de um acordo racionalmente motivado, isto é, pela pretensão de legitimidade.²⁵⁹

O Estado Democrático de Direito pressupõe que na aplicação do Direito dois princípios basilares devam coexistir: o da certeza e da segurança jurídica. Entretanto, tal pretensão somente será alcançável através de uma interpretação principiológica do Direito, que reconhece que facticidade e validade estão em tensão, exigindo-se, assim, que uma abordagem normativa deva estar sempre em contato com os aspectos que completam a realidade, assim como, um enfoque objetivo deve buscar uma dimensão normativa.²⁶⁰

4 O CONCEITO DE PARADIGMA

Após a superação da filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, com o giro hermenêutico e pragmático, sabe-se que todo conhecimento é precário, datado, e acima de tudo, contextualizado. A transmissão do saber exige, a um só tempo, a reconstituição e a contextualização de textos e de equivalentes a textos. Caso se falasse a uma pessoa da Idade Média que alguns homens pisaram na Lua, certamente, iriam relacionar o falante com

²⁵⁹ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.53.

bruxaria, feitiçaria, heresia. Contudo, se a mesma informação hoje fosse mencionada não causaria qualquer reação extraordinária, afinal todo significado está imerso em um contexto específico.

Além de contexto, na reconstituição do sentido de textos e de seus equivalentes, requer-se imperiosamente o conceito de paradigma.

A noção de paradigma possibilita explicar o desenvolvimento do conhecimento humano como um processo de rupturas, através da tematização e explicitação de pressupostos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensão e visões do mundo.

O conceito de paradigma vinculou-se, inicialmente, ao desenvolvimento da filosofia da linguagem - giro pragmático. Descobriu-se, então, o papel fundamental que o silêncio exerce na comunicação através da linguagem, revelando-se no paradoxo da comunicação- "*nós nos comunicamos porque não nos comunicamos*"²⁶¹. Devido a existência de um pano-de-fundo compartilhado de silêncio a comunicação através da linguagem é possível. A partir da premissa de que cada pessoa vivencia experiências únicas, é natural que se atribua significados íntimos, pessoais a cada palavra, tal idéia está perfeitamente consubstanciada na famosa frase de Ludwig Wittgenstein- "*Os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo.*" Nota-se que a

²⁶⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 37.

²⁶¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*: pequeno

exercício de Teoria da Constituição. In *Revista Fórum Administrativo*, nº 0 1. Belo horizonte: Forum Limitada, 2001, p.15.

comunicação é algo extremamente complexo e improvável. Contudo, ela acontece graças à existência de esferas gerais de pré-compreensões que compõem esse pano-de-fundo compartilhado de silêncio, onde estão localizadas as palavras e expressões consideradas de sentido óbvio, e justamente por isso, não são tematizadas. Se cada vocábulo de um determinado diálogo tivesse o seu sentido questionado, e, por sua vez o mesmo ocorresse com cada palavra das sucessivas explicações dadas, certamente a comunicação jamais ocorreria. Tais pré-compreensões, que integram esse pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado nas gramáticas das práticas sociais, constituem o que Thomas Khun denominou de paradigma.

O paradigma, além de viabilizar a comunicação através da linguagem, condiciona o nosso agir e nossa percepção de nós mesmos e sobre o mundo, pois, como fora destacado por Khun, não há como abandonar a condição paradigmática. Pode-se apenas, havendo o advento de novas gramáticas sociais, trocar de paradigma, tendo como conseqüência a reformulação de como se vê o que é considerado realidade.²⁶²

Após discussão realizada na Alemanha, na década de 60, firmou-se a conclusão de que o conceito de paradigma também se aplica ao Direito. Desta forma, torna-se necessário que recorrentemente se tematize a gramática subjacente às práticas sociais

exercício de Teoria da Constituição. In *Revista Fórum Administrativo*, nº 0 1. Belo horizonte: Forum Limitada, 2001, p.15.

²⁶² CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Revista de Direito Comparado*, vol. 03. Belo horizonte: Mandamentos, 2000, p. 473-486.

instauradas para que os supostos da atividade dos operadores do direito estejam devidamente alinhadas com os princípios do Estado Democrático de Direito.

5 OS PARADIGMAS JURÍDICOS DE MAIOR SUCESSO NA MODERNIDADE

O Estado Liberal e o Estado Social compreendem os paradigmas constitucionais de maior sucesso, são justamente aqueles “horizontes de sentido” que segundo Habermas, concorrem entre si, caso a caso, na interpretação e aplicação do Direito.²⁶³

O primeiro paradigma constitucional, o paradigma do Estado Liberal dissolvera os privilégios de castas, que eram perpetuados pelos laços da hierarquizada e imutável sociedade feudal, ao enunciar uma igualdade formal. Nesse sentido, todas as pessoas seriam sujeitos de direito, uma vez que todas eram iguais perante a lei apesar de se diferenciarem em outros aspectos. Havia uma liberdade meramente formal, que implicava a possibilidade de fazer tudo aquilo que não fosse proibido por um mínimo de leis. A propriedade apresentava-se como um direito de caráter absoluto, afinal, todos eram proprietários no mínimo do próprio corpo.

A esfera privada era sempre vista com bons olhos, sua área influência abrangia os interesses individuais (direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei e à propriedade privada). Já a

²⁶³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo horizonte: Mandamentos, 2002, p.109.

esfera pública era reduzida à figura do Estado, considerada como uma ameaça aos direitos fundamentais, que tinham *status* de direito natural. O Estado, por meio de um mínimo de leis, de cunho meramente negativo, deveria otimizar as liberdades individuais, restringindo-se, assim, à legalidade.²⁶⁴

Para integrar a sociedade civil, que correspondia à esfera privada, bastava o nascimento. Entretanto, da sociedade política participava somente uma parcela da sociedade que era escolhida através de critérios culturais, mas, sobretudo econômicos - voto censitário. Dessa forma, nota-se que o público era apreendido uma mera convenção, estabelecida com a finalidade de conter um retorno ao Absolutismo, limitando o Estado à lei.²⁶⁵

Neste contexto, o movimento constitucionalista implanta o Estado de Direito através de uma Constituição formal, apreendida como um “instrumento de governo”²⁶⁶ que estabelecia a organização e a limitação do poder político e que, também, deveria promover as idéias de igualdade e liberdade formais.

²⁶⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*: pequeno exercício de Teoria da Constituição. In *Revista Fórum Administrativo*, nº 01. Belo horizonte:

²⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*: pequeno exercício de Teoria da Constituição. In *Revista Fórum Administrativo*, nº 01. Belo horizonte:

²⁶⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.38.

O Estado Liberal estruturou-se no princípio da separação dos Poderes, que estabeleciam relações através do mecanismo de freios e contrapesos. O Poder Legislativo destacava-se pois, encerrava a função de criar o Direito. Competia ao Poder Executivo os papéis de garantidor da certeza e da segurança jurídica e de promotor da segurança nacional. Finalmente, o Poder Judiciário aplicava o direito material vigente valendo-se de processos lógico e dedutivos, que compreendiam na subsunção da realidade fática às normas.²⁶⁷ Assim, a atividade hermenêutica do juiz era de caráter mecânico e silogístico, baseada no modelo de regras. A interpretação era sempre evitada, apegava-se ao sentido literal da lei, pois havia a crença de que a lei, como fruto da racionalidade humana, poderia, por si só, dirimir todos as possibilidades fáticas e assegurar um tratamento igualitário a todos.²⁶⁸

O Estado Liberal, ao consagrar liberdade e igualdade formais, acabou por gerar uma enorme desigualdade social e uma intensa concentração de riquezas que desembocaram em várias crises e movimentos sociais. Assim, após a Primeira Grande Guerra Mundial e com a ascensão e disseminação dos ideais marxistas, fascistas e nazistas, observou-se a conformação de um novo paradigma constitucional o do Estado Social. Demandava-se, nesse contexto, leis sociais e coletivas que reconhecessem as diferenças materiais e

²⁶⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.56 -58.

²⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Revista de Direito Comparado*, vol. 03. Belo horizonte: Mandamentos, 200,p.473-486.

que protegessem as partes economicamente desfavorecidas na relação contratual. Houve, nesse sentido, a incorporação na legislação de uma igualdade tendencialmente material.²⁶⁹

A liberdade deixa de ser garantida através de um mínimo de leis e passa ser uma liberdade segundo a lei, uma liberdade positiva. O Estado Social considerava que a igualdade deveria existir, ao mesmo tempo, perante a lei e as oportunidades da vida, uma vez que, as desigualdades materiais passaram a ser reconhecidas.

O Estado colocava-se acima da amorfa sociedade de massas, que possuía como única e maior pretensão: ser conduzida pelos planos de políticas públicas elaboradas e operacionalizados por esse Estado-Mãe. Era competência do Estado, portanto, eleger e definir em suas pautas formas de vida boa, ou seja, um padrão material, para execução de sua tarefa primeira – a promoção do bem estar coletivo²⁷⁰. Dessa forma, a redução dos níveis de desigualdade material deveria acontecer dentro dos ditames das ordens públicas.

A grande promessa do paradigma do Estado Social era a realização da cidadania, mas na realidade cidadania fora a única coisa que não se verificou nesse paradigma. O Estado Social, ao buscar materializar direitos, podou a participação política e a autonomia privada dos cidadãos; sacrificou os membros da sociedade que

²⁶⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Revista de Direito Comparado*, vol. 03. Belo horizonte: Mandamentos, 200,p.473-486.

²⁷⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.61.

adotavam padrões de vida diferentes daqueles que elegera; e impôs, autoritariamente, suas regras, seus planos de Administração Pública e os seus padrões de vida.

Dessa maneira, a população não conquistou a cidadania, mas ficara na condição de uma imensa clientela dependente de um Estado gestor.

A atividade hermenêutica do juiz, nesse paradigma, é incrementada por análises históricas, teleológicas e sistêmicas. A interpretação do Direito deveria sempre ser conforme o princípio da igualdade material.²⁷¹

Hans Kelsen, um dos maiores representantes do Paradigma do Estado Social, em "Teoria Pura do Direito", no capítulo oitavo, enuncia os aspectos basilares da interpretação e da aplicação do Direito aos moldes do Positivismo Jurídico. Kelsen concebe a "abertura dos textos" ao traçar um quadro com interpretações juridicamente autorizadas. Porém não admitia uma abertura em relação aos casos concretos, dessa forma, o juiz ao desempenhar sua atividade de interpretação não poderia estendê-la às peculiaridades do caso concreto. Assim, nota-se a insuficiência da teoria de Hans Kelsen, uma vez que ele possui uma visão ingênua da linguagem e também por não prever as possíveis reinterpretações das

²⁷¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo horizonte: Mandamentos, 200,p.473-486.

interpretações autorizadas e a ascensão de novas gramáticas sociais que modificam os horizontes de sentido das expressões.

Francesco Ferrara²⁷² prevê uma interpretação extensiva e busca o sentido da lei. Propõe métodos de interpretação capazes de solucionar problemas de lacunas e antinomias. Entretanto, as peculiaridades do caso concreto continuam sendo excluídas no exercício da interpretação e aplicação do Direito.

6 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E AS RUPTURAS PARADIGMÁTICAS

As mudanças das gramáticas das práticas sociais, através da tematização de conceitos arraigados e naturalizados em uma dada sociedade, geram um novo modelo de pré-compreensão do mundo e, assim, configurando uma ruptura, uma mudança de paradigma.

²⁷² FERRARA, Francisco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

Com a ascensão de novas gramáticas sociais, necessariamente, são requeridas novas interpretações acerca dos fenômenos, uma vez que os antigos métodos de interpretação tornam-se ineficientes por não acompanharem as novas pré-compreensões do mundo . Dessa forma, uma mudança de paradigma implica e demanda uma reformulação hermenêutica do juiz.

A referida decisão judicial deixou resquícios de injustiça nos afetados e na sociedade, por ser informada por pressupostos de interpretação e aplicação típicos do Paradigma Liberal.

O juiz ao elaborar sua sentença orientou-se unicamente pelo sentido literal da lei. Evidenciou uma forte resistência a qualquer tipo de interpretação, uma vez que, nem mesmo chegou ao sentido da norma encerrado na Lei 9.313/96, que era viabilizar o acesso à saúde aos portadores de HIV. Valendo-se de tal orientação hermenêutica, o juiz atuou como um “boca da lei”, ou seja, limitou-se, tão somente, a declarar a lei .

Dessa forma, na medida em que, os membros do nosso Judiciário utilizam esse método de interpretação, que se apega cegamente à literalidade da lei, acabam por perpetuar um posicionamento nitidamente liberal. Esse posicionamento encerra a concepção de que, uma distribuição igualitária de direitos subjetivos entre os sujeitos de Direito teria sua realização garantida por meio da generalidade e da abstração da lei, fruto da *incontestável* racionalidade humana. Acreditando-se, assim, que o legislador seria

capaz de prever todas as peculiaridades de cada situação de aplicação da norma, de tal modo que, o caso concreto seria irrelevante nos processos de aplicação e interpretação do Direito.

7 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A atividade hermenêutica do juiz recebe novas sofisticções decorrentes das reflexões de Jürgen Habermas, Klaus Günther e Ronald Dworkin.

Habermas atesta que a interpretação do Direito, no atual paradigma, deve acontecer por meio de uma disputa entre os discursos dos paradigmas constitucionais de maior sucesso – o Estado Liberal e o Estado Social. Tal concorrência entre esses dois “horizontes de sentido”- *modelos entendimento do sistema de direitos e princípios constitucionais* em uma certa época e em uma certa comunidade jurídica, deve ocorrer caso a caso, ou seja, respeitando-se, assim, a unicidade fática de cada situação concreta; e acima de tudo, de uma maneira crítica e reflexiva.²⁷³

Evidencia-se, então, o fato de tal tais modelos de pré-compreensão do mundo não são absolutos, acabados, definitivos. Em virtude do reconhecimento da carência de tais características é que, hoje, os discursos liberal e social devem ser apreendidos de uma forma crítica e reflexiva, ou seja, voltando-se sobre si próprios buscando a elaboração de cogitações críticas pertinentes ao caso

²⁷³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.82 *et seq.*

concreto em análise, e constitucionalmente adequadas ao Estado democrático de Direito. Nesse sentido:

... o reconhecimento de que há paradigmas que informam e conformam a prática jurídica leva, hoje, a uma disputa não só jurídica, mas política, acerca de qual entre eles é o adequado à compreensão do Direito, no contexto histórico percebido de uma sociedade aberta de intérpretes, a cada situação concreta.²⁷⁴

Tendo-se em vista toda a pluralidade social, inserida em um contexto de dinamismo, que encerra interesses distintos e um enorme dissentimento acerca do que seja justiça, igualdade, liberdade, nota-se toda a insuficiência do modelo de regras, que busca estabelecer comandos através de cláusulas extremamente detalhadas que fixam e preestabelecem as situações de aplicação.²⁷⁵ Dessa maneira, a dimensão procedimentalista do Direito jamais poderá ser omitida nessa concorrência paradigmática que ocorre na interpretação do Direito.

Uma concepção procedimentalista do Direito, ao contrário do que realiza o *modelo de regras*, apreende cada dispositivo normativo como um resultado de uma interpretação, cuja reflexão ocorre necessariamente, *caso a caso* e inserida em um contexto de disputa de pretensões paradigmáticas. Uma norma será, portanto, o produto de

²⁷⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.82.

²⁷⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 82.

sucessivas interpretações, que conferem-lhe novas releituras de seu conteúdo e redimensionam seu âmbito de extensão.²⁷⁶

Klaus Günther propõe o desenvolvimento do senso de adequabilidade, através do qual o juiz poderá abstrair um único princípio, entre todos os outros válidos do ordenamento jurídico, que será o mais apropriado ao concreto.

Ronald Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”, enfatiza a importância da consideração das peculiaridades do caso concreto na interpretação do Direito para que se assegure a certeza jurídica. O autor admite que devido a unicidade e a irrepetibilidade fática de cada situação concreta, todo caso merece o tratamento de “*hard case*”. Nesse sentido, o juiz, ao elaborar uma decisão, deve, valendo-se de um esforço hercúleo, extrair de toda inteireza do ordenamento jurídico, que segundo o autor é um sistema normativo de princípios e não um sistema de regras hierarquicamente postas como admitem os positivistas, um único princípio, que será a única resposta correta - “*the right answer*” para aquela específica situação de aplicação.²⁷⁷

Considerando-se, então, a contribuição de todos esses autores:

A resposta correta advém, pois, do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação,

²⁷⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 112.

²⁷⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma* do Estado Democrático de Direito. In Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo horizonte: Mandamentos, 200, p.473-486.

tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito.²⁷⁸

A legitimidade de uma decisão judicial transcende, hoje, a pessoa do juiz, e configura-se nas garantias processuais conferidas às partes, em especial a do contraditório e da ampla defesa, e em uma fundamentação racional e argumentativamente construída.²⁷⁹

Hoje o Direito não pode mais buscar seu fundamento de legitimidade em Deus, na tradição ou na autoridade de quem aplica as leis. Dessa maneira, a sustentabilidade da decisão judicial e de seus fundamentos, que decorrem de argumentos racionais que são garantidos pelo Direito Processual, é o meio de se legitimar a existência do Direito e possibilitar a existência do Estado Democrático de Direito. Isto porque, sem a afirmação de sua legitimidade, o Direito deixa de ser auto-imposição e se reduz à violência e perde sua aceitação entre seus destinatários.²⁸⁰

Dessa forma, observa-se o quanto é necessário discutir os pressupostos que informam a atividade hermenêutica, a fim de evitar que determinados paradigmas sejam o pano-de-fundo de decisões cujos argumentos não mais se sustentam racionalmente e que mais se aproximam de “um presente de grego à democracia” do que de uma contribuição à realização do Estado Democrático de Direito.

²⁷⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucio nal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

²⁷⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78.

²⁸⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.50 - 53.

Pergunta-se, então, não seria a figura de Themis um tanto quanto desapropriada para representar a imparcialidade dos aplicadores do Direito?

Concluimos que em um Estado Democrático de Direito, ignorar “fechar os olhos” ou vendá-los (como Themis), ignorando, dessa forma, as peculiaridades do caso concreto não é mais condição para que o juiz exerça sua atividade hermenêutica de forma imparcial. A imparcialidade, nesse momento, passa a ser fruto da observação do juiz das condições de cada afetado. Nesse sentido, propomos que o “Juiz Hércules” de Dworkin, sempre atento às peculiaridades do caso concreto, venha substituir a omissa e desatenta figura de Themis, na ilustre tarefa de representação da imparcialidade do Poder Judiciário.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CARVALHO NETTO, Menelick. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 27-30, 1997.
- _____. Prefácio a CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. Requisitos pragamáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos, *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473 et seq., mai 1999.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11 et seq., mar. 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del rey, 1998.

_____. *Devido processo legislativo*: uma justificação das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Forense, 1987.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.