

Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito

Vinícius Lott Thibau*

Resumo: A interpretação do Direito desenvolve-se com base em uma disputa paradigmática. Não obstante aspectos teóricos advindos de paradigmas jurídico-constitucionais não mais vigentes influenciem as abordagens levadas a efeito sobre textos legais diversos, é necessário que a interpretação jurídica não se desvincule das bases normativas impostas pela *teoria no sentido lato* adotada pelo Ordenamento, a qual, no entanto, caso ingresse em crise, poderá ser substituída por outra que a supere cientificamente. Uma breve análise dos paradigmas jurídicos enfocados após o advento do Constitucionalismo é indicativa da forma pela qual a interpretação do Direito ocorre nos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito, fornecendo-nos estoques teóricos iniciais para o embasamento de ulterior e mais profundo encaminhamento do tema.

Palavras-chave: Paradigmas jurídico-constitucionais – Interpretação jurídica – Estado Democrático de Direito.

* Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas; Professor do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara; Professor convidado do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Constitucional da UNIUBE; Professor convidado dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual e em Direito Econômico e Empresarial da UNIMONTES; membro do Grupo de Pesquisa “Devido Processo e a Teoria da Falibilidade Discursiva em Karl Popper” Advogado.

Juridical-constitutional paradigms and the interpretation of law

Abstract: The interpretation of the Law is developed based on a paradigmatic argument. Notwithstanding that theoretical aspects resulting from juridical-constitutional paradigms no longer in effect continue to influence the treatments found in various legal texts, it is necessary that the juridical interpretation not be disentailed from the standard foundations established by the *broad theory* adopted by the Legal System, which, however, in the event of a crisis could be replaced by another one that scientifically transcends it. A brief analysis of the juridical paradigms focused after the advent of Constitutionalism is indicative of the way in which the interpretation of the Law is done in all Liberal, Social, and Democratic States of Law, providing us with initial theoretic resources for the foundation of a further and deeper exploration of the theme.

Key-words: Juridical-constitutional paradigms – Juridical interpretation – Democratic State of Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A assertiva no sentido de que “a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas de Direito”¹ remete-nos a um urgente estudo a ser desenvolvido sobre os paradigmas jurídicos enfocados após o advento do Constitucionalismo, para que possamos perquirir qual é o *sentido* atribuído ao Direito na atualidade. É que, conforme registra André Cordeiro Leal, pelos paradigmas jurídico-

¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*, p. 143.

constitucionais, “reconstroem-se os pressupostos à dinâmica jurídica para oferecer bases à investigação da importância, funções e conceito do Estado e dos direitos fundamentais nos processos de integração social.”²

A apreciação que se pretende empreender aufere importância ainda maior se considerarmos que os paradigmas jurídico-constitucionais a que se faz referência “tendencialmente se sucedem, em processo de superação e subsunção (*aufheben*), muito embora aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da Antigüidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós”,³ de forma a interferir marcadamente na atividade interpretativa de normas jurídicas diversas.

Antes de realizarmos a abordagem visada, contudo, impõe-se uma análise conveniente do vocábulo “paradigma”,⁴ a fim de evitar incompreensões teóricas que possam dificultar o encaminhamento do tema proposto. Isso porque paradigma não recebe conceituação uniforme por aqueles que se dedicam ao seu estudo; ao contrário, o que se verifica é o emprego do termo com significações integralmente distintas e variáveis de acordo com o momento histórico, consoante já esclareceu Nicola Abbagnano, ao se reportar às significações da palavra desde os estudos

² LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 25.

³ CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*, p. 30.

⁴ A sugestão de uma análise conveniente do vocábulo paradigma foi ofertada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, com o objetivo de obter um significado adequado de paradigma para a Ciência Jurídica. (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004)

realizados por Platão e Aristóteles que, respectivamente, descreveram paradigma como modelo e exemplo.⁵

A acepção contemporânea do vocábulo paradigma, no entanto, teria sido introduzida por Thomas S. Kuhn.⁶ Para esse teórico da Ciência, em exposição inicial, os paradigmas foram conceituados como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”⁷

Já no posfácio da edição de 1969 de *Estrutura das Revoluções Científicas*, porém, com o objetivo de se esquivar da severa crítica que foi encaminhada por Margaret Masterman à sua proposição, em razão de afirmada acientificidade decorrente do emprego indiscriminado do termo paradigma em uma só obra,⁸ Thomas S.

⁵ Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶ Cf. a esse respeito, por amostragem ALMEIDA-DINIZ, Arthur José de. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 13.

⁸ A crítica de Margaret Masterman à proposição de Thomas S. Kuhn foi oferecida nos seguintes termos: “Kuhn, naturalmente, com o seu estilo quase poético, torna a elucidação do paradigma autenticamente difícil para o leitor superficial. De acordo com a minha contagem, ele emprega a palavra ‘paradigma’ em pelo menos vinte e um sentidos diferentes em sua *The Structure of Scientific Revolutions*” [MASTERMAN, Margaret. A natureza de um paradigma. In: LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Org.). *A crítica do conhecimento*, p. 75]. Segundo a Professora de Cambridge, essas vinte e uma significações de paradigma poderiam ser enquadradas em três grupos principais, o grupo dos *paradigmas metafísicos* ou *metaparadigmas*, o grupo dos paradigmas sociológicos e o grupo dos paradigmas de construção, “Pois, quando equipara o ‘paradigma’ a um conjunto de crenças (p. 4), a um mito (p. 2), a uma especulação metafísica bem-sucedida (p. 17), a um modelo (p. 102), a um novo modo de ver (p. 117-21), a um princípio organizador que governa a própria percepção, (p. 120), a um mapa (p. 108), e a alguma coisa que determina uma grande área de realidade (p. 128), é evidente que ele tem muito mais em mente

Kuhn explicitou que o vocábulo paradigma assumiria a significação de matriz disciplinar, a saber:

Para os nossos propósitos atuais, sugiro ‘matriz disciplinar’: ‘disciplinar’ porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; ‘matriz’ porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada. Todos ou quase todos os objetos de compromisso grupal que meu texto original designa como paradigmas, partes de paradigmas ou paradigmáticos, constituem essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto.⁹

No âmbito das Ciências Social e Jurídica, parece ser Jürgen Habermas o principal expoente dos paradigmas. Para o autor alemão, é o paradigma que explica como as normas jurídicas devem ser concebidas e implementadas para que cumpram, em

uma noção ou entidade metafísica do que uma noção ou entidade científica. Chamarei, portanto, aos paradigmas desse tipo filosófico *paradigmas metafísicos* ou *metaparadigmas*; e estes representam a única espécie de paradigma a que, pelo que sei, se referiram os críticos filosóficos de Kuhn. O segundo sentido principal de ‘paradigma’ de Kuhn, no entanto, dado por outro grupo de empregos, é sociológico. Assim ele define ‘paradigma’ como realização científica universalmente reconhecida (p. X), como realização científica concreta (p. 10-11), como conjunto de instituições políticas (p. 91), e também como decisão judicial aceita (p. 23). Chamarei esses paradigmas de natureza sociológica de *paradigmas sociológicos*. Finalmente, Kuhn, emprega a palavra ‘paradigma’ de modo ainda mais concreto, como verdadeiro manual ou obra clássica (p. 10), como fornecedor de instrumentos (p. 37 e 76), como instrumentação real (pp. 59 e 60); linguisticamente, como paradigma gramatical (p. 23), ilustrativamente, como analogia (v.g. à p. 14); e psicologicamente, como figura de *gestalt* e como um baralho de cartas anômalo (p. 63 e 85). Chamarei os paradigmas dessa espécie *paradigmas de artefato* ou *paradigmas de construção*”. [MASTERMAN, Margaret. A natureza de um paradigma. In: LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Org.). *A crítica do conhecimento*, p. 79-80]

⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 226.

determinado contexto histórico, as funções que lhe são atribuídas pelo Direito.¹⁰

Consoante Jürgen Habermas, em lição baseada em Kübler, o paradigma deve estar em condições de assumir a forma de uma teoria, a qual, por sua vez, deveria apresentar “caráter de injunção, pois ela determinaria de que modo a lei é entendida e interpretada, e estabeleceria o local, a direção e a abrangência na qual o direito, fixado na forma de leis, pode ser completado e modificado [...]”.¹¹

Esse também é o entendimento de Rosemiro Pereira Leal, o qual, conceituando o paradigma como uma “proposição normativa dada à crítica processual”,¹² qualifica-o como o “referente jurídico-teórico fundante da normatividade (paradigma), que é o ponto conceitual da identidade, hermenêutica do sistema e da legitimidade de enunciação, positivação, recriação e aplicação do direito adotado.”¹³

De conseguinte, para evitar celeumas conceituais, afirma-se que o vocábulo paradigma é empregado neste artigo com a significação de “teoria no sentido lato”,¹⁴ isto é, uma teoria que, uma vez institucionalizada e enquanto vigente,¹⁵ apresenta-se como

¹⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 130, v. II.

¹² LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 98.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 103.

¹⁴ DOMINGUES, Ivan. *Epistemologia das ciências humanas*. Tomo 1: Positivismo e hermenêutica: Durkheim e Weber, p. 52.

¹⁵ Anunciamos que, uma vez verificada a crise do paradigma eleito por via do critério da demarcação de enunciados da falseabilidade, abre-se, em nosso entendimento, a oportunidade para válida substituição por outro paradigma que lhe supere cientificamente. Sobre o critério da falseabilidade, confira, por amostragem. (Cf. POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004)

reguladora de outras teorias que lhe guardam correspondência e afinidade científica.

Numa perspectiva histórico-reconstrutiva, com o advento do Constitucionalismo, três são os paradigmas jurídicos abordados: o do Estado Liberal, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito, cujas características principais são brevemente apontadas a seguir.

2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO LIBERAL

É possível afirmar que o paradigma do Estado Liberal teve sua origem diretamente influenciada pelo advento do próprio Constitucionalismo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o Constitucionalismo foi um movimento que, iniciando-se no desmoronamento do Sistema Político Medieval, teve seu ápice no século XVIII e, quase sempre, caráter revolucionário. Apresentando como objetivos primordiais a “afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”,¹⁶ o Constitucionalismo contrastava frontalmente com o Direito e com a organização político-jurídico-econômica dos períodos que englobaram a Antiguidade e a Idade Média, sintetizados por Menelick de Carvalho Netto da seguinte forma:

O Direito e a organização política pré-modernos encontram tradução, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, moral, tradição e costumes

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 169.

transcendentalmente justificativos e que essencialmente não se discerniam. O Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e ‘a justiça se realiza, sobretudo, pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em ‘bem observar’ o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermeneuta)’. O Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válido para toda a sociedade, não existia, mas tão-somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de casta e facção de casta, consubstanciados em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.¹⁷

Sobre o Estado Absolutista, também se pronunciou José Joaquim Gomes Canotilho, o qual, denominando-o Estado de Polícia (*jus politiae*), assim enunciou suas principais características:

(1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de ‘decidir’ sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica (*cuius regio eius religio, Dux cliviae est papa in territoriis suis*); (3) dirigismo

¹⁷ CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*, p. 30.

económico através da adopção de uma política económica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* ('bem estar', 'felicidade dos súbditos') como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre 'razão de Estado' (*raison d'État*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado 'absolutismo empírico' ('momento absolutista' anterior ao 'absolutismo iluminado').¹⁸

Foram justamente essas características que fundamentaram a tese de que o Estado – que era absolutista e se confundia com o próprio monarca – seria o maior inimigo dos indivíduos. O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal pretendeu, antes de tudo, impedir a interferência estatal que se colocava como óbice à atuação dos indivíduos na condução de seus interesses.

Assim é que, ao "súdito que presta ao Estado, confundido com o rei, total subserviência, sucedem as primeiras manifestações do cidadão".¹⁹ A liberdade, a igualdade e a propriedade privada impõem-se como direitos naturais fundamentais que, entretidos, estruturam a autonomia privada dos indivíduos.

No paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, a liberdade é a liberdade dos modernos. A liberdade é o direito natural de influenciar diretamente na estruturação político-jurídico-econômica do Estado em favor de seus interesses individuais. Segundo Benjamin Constant, citado por Paulo Bonavides, a liberdade

é para cada um o direito de não sujeitar-se senão às leis, de não poder ser preso, detido, condenado à morte, maltratado, sob

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 91.

¹⁹ SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*, v. I, p. 34-35.

qualquer pretexto, como decorrência do arbítrio de um ou vários indivíduos. O direito de manifestar opinião, escolher profissão e exercê-la! Dispor da propriedade e até abusar da mesma; de ir e vir, sem obter permissão e prestar contas de seus atos ou intenções. É para todos, o direito de reunião, seja para deliberar acerca de interesses pessoais, seja para professar o culto que lhe aprover, a si e aos seus associados, seja simplesmente, para preencher, os dias e as horas. É, em suma, o direito que a cada um assiste de influir no governo, já pela nomeação de todos ou de alguns funcionários, já por representações, petições, exigências, que a autoridade é mais ou menos compelida a tomar em consideração.²⁰

Conforme registra Immanuel Kant, em lição que já se tornou clássica, a liberdade é um direito natural que somente termina onde começa a liberdade alheia. Afinal, para o filósofo, “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais.”²¹

O direito fundamental à igualdade, a seu turno, teve origem na luta pelo afastamento dos privilégios decorrentes da estruturação, em castas, da sociedade política atinente aos períodos da Antiguidade e da Idade Média. Consoante lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha,

[...] a sociedade estatal ressent-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjassem um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 145-146.

²¹ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, p. 46.

uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.²²

Aludida igualdade de todos perante a lei, contudo, era uma igualdade meramente formal. À lei liberal caberia resguardar a igualdade de tratamento dos cidadãos no plano jurídico, embora, no plano fático, fosse desconsiderada a existência de uma desigualdade entre eles.

A incessante busca dos indivíduos pela satisfação dos seus interesses privados, aliás, notadamente no âmbito econômico, é que se fazia determinante para a geração dessa desigualdade. Embora os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade fossem importantes para a operacionalização do paradigma em estudo, “a base desse Estado Liberal é o direito de propriedade privada, que é absoluto e intocável.”²³

Assim se erigindo, conforme já discorrera M. Bluntschli, citado por Dalmo de Abreu Dallari, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal a economia privada era,

antes de tudo, assunto dos indivíduos, considerando absurdo que o Estado pretenda erigir-se em *tutor dos maiores*, quando é certo

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, p. 35.

²³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*, t. I, p. 44.

que estes são mais aptos para cuidar de seus próprios interesses do que qualquer outra pessoa. Assim, pois, o Estado deveria proteger e encorajar o bem dos particulares, não tutelá-los.²⁴

Portanto, no Liberalismo, é reservada ao Estado uma função negativa, a qual, limitada à defesa e à manutenção da ordem e da segurança públicas, era abstencionista nos aspectos econômicos e sociais. Nesse paradigma jurídico-constitucional, o Estado deveria garantir, com base no Direito positivado, por via legislativa, a certeza nas relações sociais mediante a compatibilização dos interesses privados com o interesse global (ordem e segurança públicas, repita-se), permitindo que entre os particulares vigorasse um livre jogo de interesses em busca da felicidade individual, conforme elucida Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes.²⁵

A atuação negativa do Estado era garantida pela técnica freqüentemente intitulada Separação dos Poderes estatais – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário –, formalizada pelo Baron de la Brède et de Montesquieu, em 1748. Segundo o teorizador referido, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”,²⁶ motivo impositivo da distribuição da titularidade do seu exercício a órgãos distintos, para proporcionar controles recíprocos entre eles.

A teoria da Separação dos Poderes teve grande influência para o paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, apesar das interpretações equivocadas que sobre ela

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 234.

²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. A teoria geral do processo e a teoria da Constituição no estado democrático de direito. *Revista do Unicentro Izabela Hendrix*, p. 39.

²⁶ MONTESQUIEU, Baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*, p. 149.

recaíram.²⁷ A influência a que se faz menção pode ser facilmente constatada da leitura da Declaração de Direitos do Bom Homem da Virgínia e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, datadas, respectivamente, de 16 de junho de 1776 e 26 de agosto de 1789, assim se enunciaram sobre ela:

V – Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes), segundo disponham as leis.

16° A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Numa perspectiva liberal, a Separação dos Poderes foi explicitada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, em síntese, nos seguintes termos:

Sob o paradigma do Estado Liberal, cabe ao Poder Legislativo a supremacia, já que ele é quem elabora as leis, fontes supremas

²⁷ Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, as interpretações equivocadas à técnica da Separação dos Poderes baseavam-se em dois argumentos principais: a impossibilidade da divisão do poder estatal e o fracionamento da soberania do Estado. Para esse autor, entretanto, em lição ratificada, notadamente, por José Alfredo de Oliveira Baracho, Paulo Bonavides e Simone Goyard-Fabre, o teorizador da técnica da Separação dos Poderes jamais pretendeu sustentar esses posicionamentos, mas *a idéia de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio, com o objetivo de garantir a liberdade individual*. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*, p. 66-74)

do Direito, obedecendo às limitações de não-fazer, presentes na Declaração de Direitos.

Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública, quando provocado, através de procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei.

E, enfim, cabe ao Poder Executivo implementar o Direito, garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra.²⁸

Do exposto, afirma-se que o Liberalismo propiciou inegável transformação sociopolítico-econômica, se considerada a época Medieval. Afinal, na vigência do paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal, o indivíduo, que até então se curvava diante das imposições do monarca representativo da soberania estatal, assumiu o *status* de cidadão que, guiado pela razão, abandona as tradições e crenças imemoriais em prol de uma autonomia individual na condução dos seus interesses.

A nova condição assumida pelos indivíduos acabou por determinar não só uma complexificação social e política, intensificada pela participação pelo sufrágio universal, como também econômica, a qual culminou na substituição do método de produção, até então preponderantemente manual. Paradoxalmente, todavia, acenada complexificação acabou motivando a crise do paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal. A concepção

²⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção, p. 38-39.

individualista do exercício dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade determinou dificuldades que se mostravam incontornáveis, caso inexistente a intervenção estatal.

No âmbito econômico, a “concentração de riquezas levou à eliminação da livre concorrência e da livre iniciativa.”²⁹ A modificação do método de produção, que passou a ser industrial, provocou a formação de monopólios, trustes e a exploração dos trabalhadores os quais, diante de uma excessiva oferta de mão-de-obra, submetiam-se a condições precárias de vida em busca de remuneração que acatasse as despesas mínimas da família.

O advento da Revolução Industrial como decorrência da insatisfação da população trabalhadora representou, também, o marco do surgimento de uma nova classe social denominada “proletariado”. Essa classe era composta pelos trabalhadores que, em face da substituição parcial de sua força de trabalho pelo maquinário, não se identificavam com os objetivos pretendidos e sustentados pela burguesia. Se, por um lado, os direitos fundamentais que embasavam o Liberalismo permitiam a livre busca da felicidade pelos indivíduos burgueses, por outro, impediam o proletariado de se autodeterminar, por sequer possibilitar aos membros dessa nova classe social o atendimento de condições mínimas de sobrevivência material.

A insatisfação do proletariado com os objetivos pretendidos e sustentados pela burguesia foi registrada, em parte, por Wagner D. Giglio e Cláudia Giglio Veltri Corrêa:

Aglomerados em pequenas áreas industrializadas, os trabalhadores tomaram consciência da identidade de seus interesses. Insatisfeitos, uniram-se e reagiram contra tal situação em movimentos reivindicatórios violentos, freqüentemente

²⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*, t. I, p. 64.

sangrentos, as greves. Para forçar os donos das máquinas a lhes pagar melhores salários, a reduzir a jornada e a fornecer ambiente de trabalho menos insalubre, os operários se recusavam a desempenhar suas tarefas.

A greve era um instrumento de luta, mecanismo de autodefesa dos trabalhadores, não obedecendo a nenhuma regulamentação. Imperava a lei do (economicamente) mais forte. A produção ficava paralisada até que uma das partes cedesse e voltassem os grevistas ao trabalho nas mesmas condições anteriores, para sobreviver à fome, ou atendessem o empresário aos pedidos dos trabalhadores, para evitar o prejuízo causado pela ociosidade das máquinas.³⁰

No âmbito social, os violentos movimentos grevistas a que fazem referência Wagner D. Giglio e Cláudia Giglio Veltri Corrêa causaram inequívoca afronta às consideradas ordem e segurança públicas. O Estado, que se colocava numa posição passiva ante a violação ostensiva da dignidade dos indivíduos integrantes do proletariado, já encontra fundamento para atuação.

Por derradeiro, no âmbito político, a união dos trabalhadores permitiu o aparecimento dos sindicatos e, com estes, melhor organização do proletariado. Anunciada organização foi proeminente para a perda da exclusividade do direito ao sufrágio pela burguesia e, sucessivamente, para a perda da exclusividade no estabelecimento de leis que regulassem, em favor dela, a concretização dos objetivos do Liberalismo.

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal foi colocado em xeque pela sua conduta omissiva. A partir daí, tornou-se necessária sua substituição por um novo paradigma jurídico-

³⁰ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*, p. 1.

constitucional que considerasse os anseios de um proletariado carente nos aspectos econômico e social. Apresenta-se para esse fim o paradigma jurídico-constitucional do Estado Social.

3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO SOCIAL

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social teve sua origem no período do Pós-Primeira Guerra, embora tenha se firmado somente após a Segunda Guerra Mundial. Segundo Fernando Herren Aguillar, é “com a promulgação das Constituições mexicana de 1917, e de Weimar em 1919, que as questões econômicas se incorporam à regulação constitucional”,³¹ momento freqüentemente indicado como marco histórico de um cognominado Constitucionalismo Social.

O Estado, que se apresentava até então liberal-abstencionista, qualificado por deveres meramente negativos justificados com base em uma interpretação individualista atribuída aos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade, tem sua esfera de atuação ampliada, tornando-se nitidamente intervencionista no objetivo de também garantir direitos sociais e econômicos aos cidadãos.

As Constituições advindas após o período da Primeira Guerra Mundial, assim, “não ficam apenas preocupadas com a estrutura política do Estado, mas salientam o direito e o dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade.”³² Conforme observa Paulo Bonavides,

³¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*, p. 147.

³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do constitucionalismo. Separata da Revista de Informação Legislativa*, p. 46.

quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.³³

Destarte, o adjetivo “Social” incorporado ao vocábulo “Estado” explicita o afastamento do individualismo liberal em face da afirmação de direitos sociais e do escopo de realização da denominada “justiça social”, conforme adverte José Afonso da Silva.³⁴ O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social pretende conjugar o Capitalismo como forma de produção e o Bem-Estar Social como forma de vida.³⁵

³³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 186.

³⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

³⁵ Quanto à diferenciação entre o paradigma jurídico-constitucional do Estado Social e o paradigma jurídico-constitucional Socialista, é oportuna a lição de Paulo Bonavides: “É, à medida em que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 186)

O paradigma jurídico-constitucional em análise foi responsável por instituir os direitos sociais e econômicos, assim como por redefinir os direitos individuais e políticos. Assim ocorrendo, os direitos de igualdade, de liberdade e de propriedade que marcaram o paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal acabaram sofrendo uma releitura diante da alteração paradigmática ocorrida, conforme aduz Menelick de Carvalho Netto:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive a redefinição dos de primeira (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, minimamente, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material, eqüitativa. Não mais se acredita na verdade absoluta de cunho matemático dos direitos individuais. O direito privado, assim como o público, apresentam-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica. A propriedade privada, quando admitida, o é como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social. Assim, todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado continua a subsumir toda a dimensão do público, agora imensamente alargada e positivamente valorada, e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração da sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas,

para que os direitos de primeira geração possam ganhar densidade no novo sentido tendencialmente materializado que passa a revesti-los.³⁶

Assim é que os direitos sociais e econômicos apresentam-se como direitos aptos a promover a realização dos direitos individuais e políticos de toda população. No entanto, ao contrário dos chamados direitos de primeira geração, que deveriam ser imediatamente implementados, os chamados direitos de segunda geração colocam-se como normas programáticas, de implementação gradual e adstrita à imperiosa necessidade.³⁷

O Estado que se qualificava como garantidor da ordem e da segurança públicas no Liberalismo, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Social qualifica-se como regulador e compensador das contingências políticas, sociais e econômicas, a partir de técnicas intervencionistas preventivas ou reativas que se explicitam no âmbito das funções executiva, legislativa e judiciária da seguinte forma:

O Poder Executivo, na figura do Presidente da República ou do Primeiro Ministro, passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do ‘interesse coletivo, público, social ou nacional.’

³⁶ CARVALHO NETT, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*, p. 35.

³⁷ Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, t. I. Uma crítica importante oferecida à classificação histórica dos direitos fundamentais em gerações, a qual aderimos, lê-se em obra de autoria de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002)

Ao Poder Legislativo, na figura do Congresso ou Assembléia, além da atividade legislativa, cabe o exercício de funções de fiscalização e de apreciação da atividade da administração pública e da atuação econômica do Estado.

Ao Poder Judiciário, seus Tribunais e juízes, cabe, no exercício da função jurisdicional, aplicar o direito material aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, 'a Justiça no caso concreto.'³⁸

A atuação baseada em afirmados critérios de solidariedade, em substituição a critérios de individualidade,³⁹ foi que possibilitou, contudo, a adoção de práticas autoritárias a pretexto da instalação e da manutenção de um propalado *Welfare State*. Nesse sentido, aponta Patrus Ananias de Souza:

O Estado do Bem-Estar se viabilizou em experiências e processos de conotações democráticas (socialismo democrático, social-democracia, democracia-cristã) e experiências autoritárias

³⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção, p. 42.

³⁹ Cf. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

e algumas totalitárias como o nazismo, o fascismo, o stalinismo. Para os teóricos de inspiração democrática do Estado Social tratava-se de manter, ampliar e universalizar os direitos e garantias individuais e os direitos políticos e a eles acrescer os novos direitos sociais. Numa busca de integração entre os princípios da liberdade e da justiça social; a presença de um Estado normatizador e regulamentador, inclusive das relações de mercado, mas que se preservassem os princípios básicos do Estado de Direito. Na concepção dos avalistas dos regimes autoritários e totalitários, é o Estado todo poderoso agindo em nome da sociedade para impor projetos fundados ideologicamente em conceitos como raça, nação, classe. Ao Estado, mais especificamente aos que detinham o poder, (sem questionar a origem e a legitimidade desse poder) dava-se uma procuração com plenos e irrevogáveis poderes para conduzir e salvar a nação. O preço foi alto: os campos de concentração, a eliminação sumária dos adversários políticos e dos dissidentes, a tortura, o genocídio, a Segunda Guerra Mundial.⁴⁰

Em um ambiente hostil, originado, sobretudo, da colocação em segundo plano da autonomia privada do cidadão, que não é entendida como essencial à autonomia pública e, assim, como “*locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida”,⁴¹ o paradigma jurídico-constitucional do Estado Social ingressa em fase crítica.

Os cidadãos que se tornaram meros clientes do Estado não mais se contentam com o monopólio das iniciativas públicas e privadas por este. A condição de um “Estado que se assume como

⁴⁰ SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*, v. I, p. 36.

⁴¹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, p. 167.

agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’”,⁴² acabou sufocando aqueles que buscavam respeito a uma multiculturalidade que estava a requerer, igualmente, institucionalização, com o afastamento imediato da vigorante e inquestionada pressuposição estatal de um padrão homogêneo de vida baseado em uma ética supostamente compartilhada por uma comunidade historicamente situada.

A insatisfação com as bases normativas do paradigma jurídico-constitucional do Estado Social, que deixou de encaminhar respostas satisfatórias às indagações oriundas de uma sociedade pluralista e complexa em busca de sua autodeterminação, levou à necessidade de se teorizar um novo paradigma jurídico-constitucional. O Estado Democrático de Direito apresenta-se, já no século XX, para concretização desse objetivo, tendo na concepção Procedimental de Democracia o eixo teórico encaminhador de uma discursividade garantidora do Direito racionalmente construído.

4 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a ‘nova esquerda’, a chamada esquerda não estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites

⁴² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*, p. 59.

e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia –, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares –, cunha a expressão *Estado Democrático de Direito*. O Estado Democrático de Direito passa a configurar uma alternativa de superação tanto do estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real.⁴³

Segundo Jürgen Habermas – autor que apresentou contornos mais nítidos para o paradigma que denomina procedimental –, o Estado Democrático de Direito visa corrigir as distorções concernentes à legitimidade do Direito havidas nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social, uma vez que esses paradigmas cingem-se a disputar a hegemonia na “determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica”,⁴⁴ a qual, a seu turno, baseia-se em um “modelo de igual distribuição, pois ou se distribui direitos iguais ou se distribui benefícios sociais, sempre com o objetivo de permitir que o cidadão procure realizar a sua concepção de vida digna.”⁴⁵

Em outros termos, os paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social desconsideram os direitos de participação e de fiscalização dos cidadãos que integram uma sociedade complexa e pluralista na construção do Ordenamento Jurídico, a qual, para Jürgen Habermas, deve se dar com base nas formas de comunicação entre esses cidadãos:

⁴³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattani. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção, p. 43.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, v. II, p. 146.

⁴⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea, p. 208-209.

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e privada.⁴⁶

Assim, o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, diferenciando-se dos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social,

não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submetete-se às condições da discussão contínua [...].⁴⁷

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II, p. 147.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II, p. 190.

Não obstante essas considerações e com o objetivo de evitar o inescurecimento científico, parece-nos necessário que, para aprofundarmos as diferenças existentes quanto à legitimidade do Direito entre o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito e os paradigmas jurídico-constitucionais que o antecederam, elucidemos a significação do qualificativo Democrático, que integra a sua denominação.

Com Jürgen Habermas,⁴⁸ desde já se afirma que todos os paradigmas vigentes após o advento do Constitucionalismo apresentam bases democráticas, tornando-se fundamental para o estudo que desenvolvemos, portanto, a indicação da própria compreensão de Democracia em cada um deles, que assume contornos variáveis e que podem ser sintetizadas nas concepções de política deliberativa liberal (típica do paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal), republicana (típica do paradigma jurídico-constitucional do Estado Social) e procedimental (pretendida para o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito).

Assim é que, para o autor alemão, o conceito liberal de Democracia identifica-se com um procedimento eletivo que possibilita a busca por arranjos de interesses privados que se legitimariam pelas deliberações ocorridas e que representariam o programa a ser seguido pelo Estado em prol de toda a sociedade.

Com base na concepção liberal de Democracia, o Estado é mero aparato da Administração Pública, que assume a posição de defensor de uma sociedade econômica por via de uma Constituição acolhedora de direitos fundamentais, os quais, apresentando-se como liberdades negativas, possibilitariam o controle do exercício do poder e, ao mesmo tempo, a mediação dos interesses privados disputados.

⁴⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

O conceito republicano de Democracia, de outra face, ainda segundo Jürgen Habermas, identifica-se com um procedimento direcionador de um auto-entendimento ético alcançável por via da dialogicidade entre indivíduos homogêneos e autoconscientes. A determinação dos interesses privados pelas deliberações ocorridas, que representaria o programa a ser seguido pelo Estado em prol de toda a sociedade liberal, “é substituída pela idéia de política deliberativa que conforma uma vontade comum.”⁴⁹

Com base na concepção republicana de Democracia, o Estado corresponderia à institucionalização de uma comunidade ética, a qual se explicitaria numa Constituição que sintetiza uma *ordem concreta de valores*, pressupostamente homogêneos. A Constituição,

com seu sistema de direitos – significa, na verdade, uma matriz, um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação ‘de restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível’. A Constituição, enquanto projeto, revela, nesse sentido, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais.⁵⁰

O aspecto de identidade entre os conceitos liberal e republicano de Democracia foi percebido por Andréa Alves de Almeida: “Tanto a visão liberal quanto a republicana minimizam a liberdade crítica do homem indispensável para a construção da sociedade aberta.”⁵¹

⁴⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea, p. 145.

⁵⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea, p. 152.

⁵¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 56.

É que, enquanto na concepção liberal impossibilitam-se atitudes transformadoras da realidade social pelos cidadãos por meio do Direito, haja vista que o coletivo nada mais é do que o simples resultado das negociações sobre interesses privados, na concepção republicana, essas atitudes dependeriam dos atributos éticos que deveriam ter os cidadãos pressupostamente voltados para o bem comum. Assim se colocando, as concepções liberal e republicana de Democracia

têm perdido muito do seu poder de convencimento que, por não levarem em consideração a complexidade da sociedade atual ao manterem, por exemplo, um modelo de sociedade referida ao Estado e dividida entre esse e a Sociedade Civil, compreendida como ‘sistema de necessidades’, como no caso liberal, ou mais especificamente, no caso republicano, ao pressuporem uma inquestionada homogeneidade ético-cultural como base da política e da Democracia, pouco ou nada são capazes de articularem-se a uma análise empírica no plano dos processos políticos concretos, em nossas sociedades complexas, descentradas e pluralistas.⁵²

Ao tanger a concepção liberal de Democracia, em igual sentido, aponta André Berten, que

o modelo liberal clássico comporta a seguinte crença fundamental e otimista: a realização da democracia liberal pode ser garantida, independentemente da boa vontade ou do altruísmo dos cidadãos. Em outras palavras, o mercado e sua mão invisível deveriam produzir uma harmonia automática dos interesses, equivalente ao interesse geral. Para contrariar qualquer tentativa de fazer prevalecer os interesses privados em detrimento do interesse geral e para compensar os pontos

⁵² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia e constitucionalismo nas tradições do pensamento político moderno: um ensaio crítico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, p. 221.

fracos do mercado, bastaria criar os controles e os equilíbrios institucionais e procedimentais adequados, tais como a divisão dos poderes, o bicameralismo e o federalismo. Porém, parece acertado que esta visão otimista da democracia deva ser abandonada definitivamente. Construir uma sociedade justa, contando-se exclusivamente com os comportamentos individuais interessados e estratégicos, só poderá levar a uma meta: à dissolução do vínculo social.⁵³

Por outro turno, consoante sustenta Jürgen Habermas,⁵⁴ embora os acordos éticos de auto-entendimento sejam muito importantes na condução dos procedimentos políticos, não são suficientes para qualificar uma política deliberativa que se desenvolva em sociedades complexas e, assim, marcadas pela heterogeneidade das formas de vida. O pluralismo requer a compensação dos interesses diferenciados desses cidadãos pressupostamente voltados para o bem comum, a qual somente se dá por via de novos acordos, que, dependentes da cooperação intersubjetiva, não se encontram isentos de ações estratégicas.

O que se pretende com a Teoria Habermaseana do Discurso e da Democracia, também denominada Teoria Procedimental da Democracia, é suprir as insuficiências apresentadas nas concepções liberal e republicana de Democracia, aproveitando-se, entretanto, dos aspectos positivos de ambas, a fim de proporcionar aos cidadãos de uma sociedade multiculturalizada o exercício dos direitos de participação e de fiscalização na produção do Direito. Assim se almejando,

⁵³ BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*, p. 31.

⁵⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

A teoria do discurso reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que as encontradas no modelo liberal, entretanto mais fracas que as do modelo republicano. Uma vez que ele retira elementos de ambos, combinando-os de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, a teoria do discurso dá destaque ao processo de formação política da vontade e da opinião, sem, no entanto, considerar a Constituição como elemento secundário. Ao contrário, recebe os princípios do Estado constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião. A teoria do discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. Uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera público-política andam de mãos dadas com a imagem de uma sociedade descentrada. Esse conceito de democracia não mais necessita trabalhar com a noção de um todo social centrado no Estado e imaginado como um sujeito teleologicamente orientado, numa escala mais ampla. Tampouco representa a totalidade num sistema de normas constitucionais que regulam mecanicamente a disputa de poderes e interesses em conformidade com o modelo de mercado.⁵⁵

A Teoria Procedimental da Democracia, com base no princípio do discurso, abandona o normativismo imediatista que informa a razão estratégica por uma normatividade que, originária da razão comunicativa,⁵⁶ somente será alcançada após a obtenção

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 117.

⁵⁶ Sobre a ação estratégica e a sua distinção em relação à ação comunicativa, é prestante a seguinte lição habermaseana: “A ação estratégica distingue-se das ações comunicativas que ocorrem sob tradições comuns, em virtude de a decisão entre possibilidades alternativas de escolha, poder e ter de tomar-se de

de uma vontade jurídica para agir entre indivíduos que se colocam em busca de autodeterminação por via da linguagem.

A vontade jurídica, por sua vez, decorrerá de um designado procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões, que se anuncia como um recinto permissivo de uma “coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos”.⁵⁷

Com base nos discursos de autodeterminação desenvolvidos endoprocedimentalmente, afastar-se-ia, por um lado, o pressuposto de homogeneidade que caracteriza a sociedade republicana, acolhendo-se, por outro lado, a necessidade de um discurso prévio à tomada de decisões pelos cidadãos. Daí, as práticas deliberativas desatrelam-se dos direitos humanos universais que fundamentariam uma concepção liberal de Democracia – como os direitos ao voto e à composição parlamentar –, bem como da virtuosidade que atingiria todos os integrantes da sociedade republicana, e passam a se vincular às regras que marcam o discurso e às formas de argumentação.

Para Jürgen Habermas, a interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica é que faz advir o Princípio da Democracia, o qual atribui uma “força legitimadora ao processo de normatização.”⁵⁸ Sobre a nomeada institucionalização jurídica, assim se manifesta:

forma fundamentalmente monológica, isto é, sem um entendimento *ad hoc*. Já que as regras de preferência e as máximas que resultam vinculantes para cada um dos actores foram previamente determinadas, a intersubjectividade plena da validade das regras do jogo pertence aqui à definição de situação de jogo, da mesma forma que, ao nível transcendental da [*Sittenlehre*] de Kant, a validade apriódica das leis morais é garantida pela razão prática.” (HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*, p. 22)

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, p. 286.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I, p. 158.

A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.⁵⁹

Assim considerando, a legitimidade do Direito no paradigma jurídico-constitucional ora estudado requer a observância de procedimentos comunicativos que, alcançando a forma jurídica, dariam aos destinatários da norma a oportunidade de também se reconhecerem como seus co-autores. Assim é que, por via do discurso conduzido no procedimento habermaseano, torna-se possível a construção da vontade jurídica dos cidadãos pela escolha do melhor argumento.

Ao contrário das concepções liberal e republicana de Democracia, a Teoria Procedimental da Democracia não oferece prioridade à autonomia privada ou à autonomia pública dos cidadãos, respectivamente, mas preserva a co-originariedade entre essas autonomias pelo reconhecimento da necessária interligação entre direitos humanos e soberania popular na produção normativa.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. I, p. 158.

Numa concepção procedimentalista do Direito, a interação entre a forma jurídica (que estabiliza as expectativas de comportamento social) e o princípio do discurso (que possibilita a intersubjetividade na condução dos procedimentos para tomada de decisões) é que vai viabilizar a introdução, *in abstracto*, das categorias de direitos que estabelecem o que Jürgen Habermas denomina “código jurídico”, o qual, por sua vez, permitirá a orientação da vida social pelo Direito, a saber:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (*sic*).

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual.

[...].

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

[...].

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário.⁶⁰

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I, p. 159-160.

Do exposto, é possível afirmar que os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerções erigem-se fundamentais para a obtenção da legitimidade do Direito no paradigma jurídico-constitucional ora analisado.⁶¹ Assim, enquanto vigente o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a tomada de decisões relevantes passa pela observância irrestrita desses direitos, que, por conseguinte lógico, também devem reger os discursos de aplicação do Direito.

Por isso, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, as funções legislativa, executiva e jurisdicional não mais podem ser compreendidas nas perspectivas liberal e social, já anunciadas neste artigo. As bases normativas da *teoria no sentido lato* adotada por um Ordenamento Procedimental-Democrático são vinculantes para o Povo, para o Estado e para as suas instituições jurídico-políticas,⁶² determinando que a prática de seus atos sejam permeados pela discursividade, que não apenas ratifica a existência da co-originariedade entre o público e o privado, mas também os unifica para a finalidade de uma integração normativa das Democracias contemporâneas, a qual

possui um duplo fundamento: a força resultante de um acordo racionalmente motivado e a ameaça de sanções. Em outras

⁶¹ THIBAU, Vinícius Lott. O direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do estado democrático de direito: considerações sobre a procedimentalidade brasileira. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*, p. 306-316.

⁶² No marco teórico do Direito Democrático, um estudo pormenorizado sobre o Estado e de suas instituições jurídico-políticas é encontrado em obra coordenada por Rosemiro Pereira Leal. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira: significados equívocos e a interpretação do direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008)

palavras, a ordem jurídica, simultaneamente, baseia-se na faticidade e na validade, isto é, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjuntamente negociado.⁶³

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Erigindo-se o paradigma como uma teoria que, uma vez institucionalizada e enquanto vigente, apresenta-se como reguladora de outras teorias que lhe guardam correspondência e afinidade científica, não é de deslembrar sua importância para o encaminhamento de uma adequada interpretação do Direito.

A concorrência paradigmática direciona-nos ao estabelecimento necessário das bases normativas que orientarão a produção e a aplicação do Direito, de forma vinculante para o Povo, para o Estado e para suas instituições jurídico-políticas.

A opção constitucionalmente formalizada por um paradigma é indicativa dos fundamentos que deverão nortear a interpretação jurídica a ser realizada, a perdurar até o momento em que a *teoria no sentido lato* seja substituída por outra, que lhe supere cientificamente.

Assim, a escolha por um dos paradigmas jurídicos enfocados após o advento do Constitucionalismo por um Ordenamento Jurídico representa, igualmente, a eleição dos critérios regentes da interpretação do Direito a se concretizar, que deverá neutralizar aspectos importantes adstritos a paradigmas não mais vigentes e que, apesar disso, cotidianamente, interferem na interpretação de normas jurídicas diversas.

⁶³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea, p. 171.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ALMEIDA-DINIZ, Arthur José de. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. *Separata da Revista de Informação Legislativa*: Brasília, ano 23, n. 91, jul./set. 1986.
- BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DOMINGUES, Ivan. *Epistemologia das ciências humanas*. Tomo 1: Positivismo e hermenêutica: Durkheim e Weber. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. A teoria geral do processo e a teoria da constituição no estado democrático de direito. *Revista do Unicentro Izabela Hendrix*, Nova Lima, v. I, n. I, maio 2003.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1999.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. t. I.

MASTERMAN, Margaret. A natureza de um paradigma. In: LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Org.). *A crítica do conhecimento*. Tradução de Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1979.

MONTESQUIEU, Baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os Pensadores).

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia e constitucionalismo nas tradições do pensamento político moderno: um ensaio crítico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. I.

THIBAU, Vinícius Lott. O direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do estado democrático de direito: considerações sobre a procedimentalidade brasileira. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 306-316.



