

# CENTRALIDADE DA CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À LUZ DA HERMENEUTICA TÓPICA

Alessandro Severino Vallér Zenni

Vitor Affonso Vieira Machado

**RESUMO:** A experiência humana consolidou nova compreensão acerca dos fins do direito no pós-guerra, gerando-se a teoria neoconstitucionalista, com missão transformadora de realização dos direitos fundamentais, alocando no núcleo da ordem jurídica a dignidade da pessoa humana. As normas constitucionais passam a traçar compromisso ético, formadas de conceitos de relativa indeterminação, exigem uma hermenêutica circular, aberta, interdisciplinar, concretizadora da justiça no caso concreto. O modelo zetético substitui o dogmático, o problema para resolver exorta do jurista arte tópica na confecção da solução mais ajustada, sempre atento aos valores supremos da liberdade, igualdade e justiça, abarcados pelo texto constitucional, e condições *sine qua non* da empreitada de construção pessoal e singular de cada sujeito pertencente à comunidade. O sistema piramidal cede espaço ao ordenamento circular em que a Constituição assume papel central na concretização dos valores humanos interagindo com o meio social. A dialética como método persegue a vontade constante e perpétua própria do justo na realização da pessoa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização; Hermenêutica; Dialética; Dignidade Humana; Justiça.

## CENTRALITÉ DE LA CONSTITUTION ET LE CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT A LA LUMIERE DE L'HERMÉNEUTIQUE TOPIQUE

**RÉSUMÉ:** L'expérience humaine a consolidé une nouvelle compréhension de l'objectif de le droit après la guerre, générant la théorie constitutionnaliste avec la mission de la réalisation des droits fondamentaux, en allouant au cœur de la dignité morale de la personne humaine. Les lois constitutionnelles passent à dessiner l'engagement éthique, les concepts formés d'indétermination relative, nécessitent d'une herméneutique circulaire, ouvert, transdisciplinaire, que incarnent la justice de l'affaire. Le modèle de la zététique remplace la dogmatique, le problème pour résoudre demande du juriste l'art topique en faire la solution la plus adaptée, toujours attentif aux valeurs suprêmes de liberté, d'égalité et de justice, qui sont couverts par le texte constitutionnel, et les conditions indispensables en la construction personnelle et propre à chaque sujet appartenant à la communauté. Le système pyramidal cede la place à la circulaire ordonnante en que la Constitution maintien un rôle dans le centre en la réalisation des valeurs humaines qui interagissent avec l'environnement social. La dialectique comme méthode poursuit la perpétuelle volonté propre de le juste en la réalisation de la personne.

**Mot-clas:** Constitutionnalisation; Herméneutique; Dialectique; La DignitéHumaine; La Justice.

## 1. INTRODUÇÃO

As experiências do fascismo e nazismo tiveram o arrimo do legalismo formal para justificar as atrocidades cometidas em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Com o historicismo dialético a dignidade da pessoa humana é alçada a vetor ontoaxiológico dos sistemas jurídicos modernos, assumindo papel central na ordem jurídica nos países democráticos e seu conteúdo jurídico passa a ser de capital importância no cenário hodierno.

Registre-se que a dignidade humana foi lançada no bojo das Constituições democráticas, tornando-se signos fundamentais nos ordenamentos jurídicos, conquanto a noção de ordem jurídica coeva supõe a norma maior como direito posto supremo e com eficácia normativa e máxima efetividade e todo ato de decisão jurídica, seja na pulverização do direito abstrato, seja na solução de situação concreta, encerra em si uma conformidade com o texto constitucional e, portanto, com os valores nele consubstanciados.

Se a dignidade do ser humano é princípio fundante do direito pós-moderno, e, paradoxalmente, nunca houve tamanha inoperância no âmbito institucional para concretizar-se o valor fundante da ordem jurídica, a questão que se problematiza é: há um *modus* hermenêutico próprio para conferir a efetividade ao princípio fundamental que compõe o cerne da ordem jurídica, o centro em torno do qual gravita todo o direito?

Para tanto é de se indagar qual a localização da constituição no âmbito do ordenamento jurídico, e o seu comprometimento com a pessoa humana.

Inolvidável, ainda, que a metodologia das ciências humanas caracteriza-se por um indicativo de tendências e probabilidades, e não um liame absoluto de causa e efeito, que

busca a exatidão e a certeza na solução, enfim, a técnica aprimorada contraposta à sucessiva pergunta-resposta seria a maneira escorreita de construir soluções jurídicas?

Haverá de se escutar se a zetética, associada ao sociologismo e à filosofia, compõe a vereda que desaguará na resposta mais efetiva a aplicação do princípio da dignidade humana extraíndo-se do texto constitucional o tegumento apropriado do princípio na circunstância do fato apresentado. Assim, na esteira de Weber e Foucault, haverá se investigar o culturalismo sociológico, assentada em pilares científicos em contraste à tradição positivista.

No derradeiro tópico, será analisado o fenômeno da dogmática e a cunhagem da ciência do direito. Uma correlação entre ontologia e gnosiologia, inspirada no tridimensionalismo, faz com que o ato normativo e a hermenêutica interajam zeteticamente no sentido de resguardo dos valores fundamentais do *jus*, dando uma dimensão aberta da experiência jurídica.

Destarte o texto ora exibido apresentará sugestões para um método hermenêutico onde a centralidade do texto constitucional se implica com os fatos sociais, excogitando máxima efetividade e concretização de valores. Em especial, caberá ao hermeneuta efetivar conceitos etiquetados na Lei Maior, reservando-lhe um método específico e adequado, empírico-dialético, a fim de participar dos debates jurídico-filosóficos sintomáticos as relações mantidas entre o ordenamento jurídico e a sociedade.

Implementar-se-á o texto com apontamento ao justo e prudente em cada julgamento, pondo a estatística e a lógica simbólica como paradigmas acessórios, na produção judicial do direito.

As considerações finais serão consignadas ulteriormente.

## **2 MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Classicamente, a supremacia da Constituição reflete estrutura hierárquica de normas, cuja base advém do Corpus Juris Civilis, e da dicotomia entre Direito Público e Privado, de

que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídica na teoria pura do direito. A norma suprema garante condição de validade às normas inferiores, no processo designado de nomogênese jurídica.<sup>1</sup>

A blindagem do texto constitucional e o pendore à supremacia, sobretudo à sua estrutura rígida, foi destaque na teoria política, exemplificando-se com Alexander Hamilton, sem embargo do apontamento ao risco de reduzi-lo a anseio idealista, mormente se se considerar que, com Kelsen, a norma hipotética fundamental compõe o estrato de validade de todo o sistema, e não passa de uma hipótese que se aloca fora da pirâmide.<sup>2</sup>

Partindo das agruras dos regimes totalitários que combaliramas liberdades fundamentais com espeque no próprio texto da Constituição, e no purismo do direito ocupado com o encadeamento lógico da normatividade que remontava à supremacia da Constituição, bem assim à formulação da teoria crítica do direito, retratando-o instrumento ideológico e alienante, e tangenciado por uma metodologia hermética, dirigida à certeza, à segurança e à ordem, os neoconstitucionalistas propugnarão por um direito constitucional que seja resultado da experiência histórica da humanidade e realize os valores da pessoa humana.<sup>3</sup>

Peter Haberle vai lecionar que a Constituição é uma lei necessária, mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorre, que a verdadeira Constituição é resultado – sempre temporário e historicamente condicionado – de um processo de interpretação.<sup>4</sup>

Inolvidável que a sociedade coeva se encontra em constante transformação, as demandas são altamente complexas e o ordenamento jurídico assume uma função sócio-política de preservar a pacificação do seio comunitário, urgindo seja estruturado como um todo unitário e esparja eficácias, vertical e horizontal, dos direitos fundamentais.

Se alhures o pensamento jurídico poderia se confundir com as leis físicas, expressando somente o que é, a interpretação jurídica não se resume a pura e simplesmente

---

<sup>1</sup>KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins e Fontes, 1.999.

<sup>2</sup>KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins e Fontes, 1.999; também em DINIZ, Maria Helena, *in* **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2.012.

<sup>3</sup>BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2.008.

<sup>4</sup>HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1.997.

um pensar e repetir aquilo já foi pensando, mas reassumindo compromissos com os valores fundamentais, mormente a justiça<sup>5</sup>, visa saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado alhures.<sup>6</sup>

Neste diapasão o direito deve ser observado numa perspectiva maior, como instrumento de redenção social, algo que se maximiza no processo hermenêutico, porquanto estender máxima efetividade aos valores fundantes do *jus* implica empioese<sup>7</sup> que permite interdependência sistema/sociedade onde a um só tempo os conceitos jurídicos são condicionantes e condicionados à sociedade<sup>8</sup> e a humanidade trilhe um futuro com equilíbrio e relativa harmonia.

Enfim, a doutrina constitucional neopositivista, destaca o ciclo hermenêutico como expressão sintomática do jurisconsulto, porquanto permite a fluidez da interação e interdependência entre a teoria constitucional e a experiência constitucional, passando a Lei Maior a ocupar papel de destaque em todo o ordenamento jurídico, não propriamente como ápice da pirâmide, ao modelo vertical, senão no centro do cone, em fórmula circunferencial, sempre na leitura de conformação<sup>9</sup> à Constituição e espraiando máxima efetividade pela realização dos valores ali catalogados, porquanto se propõe à agente transformador<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Na expressão de Ulpiano a justiça significa virtude, vontade constante e perpétua de dar o seu segundo mérito. Nessa máxima há se ressaltar que a relativa compreensão humana para abstrair o sentido do justo é tarefa permanente, constante e perpétua, superadora por excelência. O desafio é histórico, nutre-se da experiência.

<sup>6</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, Coimbra: Arménio Amado, v. 1, 1961, p. 274. Cf., do mesmo Radbruch, estas passagens, lembradas por Josef Esser, in *Princípio y norma*, Barcelona: Bosch, 1961, p. 329, nota 96: “O sentido supra-histórico de uma obra do espírito é recriado a cada geração”; “A história de uma ideia jurídica não chega ao seu fim...pelo fato de ser concretizada em uma lei, a história ulterior de suas diversas interpretações...não é somente a história das errôneas maneiras de entende-la.”

<sup>7</sup> A palavra se reporta à criação e evolução e só ganha sentido enquanto funcionamento sistêmico que exige, sob pena de perder significado, máxima efetividade.

<sup>8</sup> MONTORO. André Franco. In. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2ªed., Saraiva: São Paulo, 1.995, p. 14.. O autor alude ao condicionamento social dos conceitos jurídicos, explicando a relação produção normativa e fato social, numa implicação circular permanente, imantando o direito de abertura reflexiva das aspirações sociais, e continuamente, eficácia social, conquanto as normas produzidas, oriundas das complexidades do meio ambiente da sociedade, vinculam os sujeitos exatamente porque têm neles as suas aspirações. Também se reportando ao funcionamento sistêmico do direito, mas em perspectiva fechada, que se despreocupa com fins humanos e as razões da ação, vem Lhuman, asseverando que os atos de decisão do poder fixam as condutas importantes, cuja garantia de cumprimento estará na prescrição sancionatória, e cabe ao direito, interagindo com o meio ambiente e com o código de poder, manter a ordem e a paz. In LHUMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983.

<sup>9</sup> J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, 1.991, p. 45: “A principal manifestação da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo.”

<sup>10</sup> Se a teoria crítica aponta o direito como instrumento de manutenção do *status quo*, fixando idealmente a isonomia em liberdades, sem concretizar os valores albergados, o neoconstitucionalismo, apropriando-se desta ensinança passa a promover a transformação social a partir da realização dos valores fundamentais, mormente a construção da pessoa humana. Nessa perspectiva é que Canotilho exortará à utopia constitucional transformadora. In **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1.991.

Surge a constitucionalização dos direitos, que não encerra apenas a inclusão das disciplinas jurídicas no bojo do Texto Maior, senão e primordialmente uma nova vertente de interpretação do direito que tenha como condição a pessoa, fonte maior do *jus*, seu fundamento e finalidade à luz da premissa que toda hermenêutica jurídica é também em si constitucional, já que seus princípios baluartes são éticos, perspectivam a consolidação da pessoa humana<sup>11</sup> e da sociedade justa fraterna e solidária.

Mas a metodologia empregada para consubstanciar a transformação requestada pelos neoconstitucionalistas haveria de romper com os paradigmas lógico-formais, noutra arguta observação extraída da teoria crítica<sup>12</sup>, excogitando-se de uma arte tópica que pudesse permitir a interação fato, valor e norma, otimizando os conceitos jurídicos prenes de fundamentação axiológica e realizando com justeza os conflitos apresentados ao hermeneuta.<sup>13</sup>

---

Não se pode relegar importante argumentação colhida em Bauman, acerca da utopia vitimada pelos paradigmas modernos. “Se hoje se ouvem expressões como “a morte da utopia”, “o fim da utopia” ou “o desvanecimento da imaginação utópica”, borrifadas sobre debates contemporâneos de forma suficientemente densa para se enraizarem no senso comum e assim serem tomadas como auto-evidentes, é porque hoje a postura do jardineiro está cedendo vez à do *caçador*. Diferentemente dos dois tipos que prevaleceram antes do início de seu mandato, o caçador não dá a menor importância ao “equilíbrio” geral “das coisas”, seja ele “natural” ou planejado e maquinado. A única tarefa que os caçadores buscam é outra “matança”, suficientemente grande para encherem totalmente suas bolsas. Com toda a certeza, eles não considerariam seu dever assegurar que o suprimento de animais que habitam a floresta seja recomposto depois (e apesar) de sua caçada. Se os bosques ficarem vazios de caça devido a uma aventura particularmente proveitosa, os caçadores podem mudar-se para outra mata relativamente incólume, ainda fértil em potenciais troféus de caça. [...] É evidente que, num mundo povoado principalmente por caçadores, há pouco espaço para devaneios utópicos, se é que existe algum. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

<sup>11</sup> De conformidade com Arendt, a condição humana, mais do que uma vida naturalmente herdada, significa uma relação do humano com a mundanidade, construindo-se na experiência, requestando a tradição, basicamente em três fatores: no trabalho, na obra e a ação. ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. 11ª ed., Tradução Roberto Raposo. Revisão Técnica Adriano Correia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.010, p. 8 e seguintes.

<sup>12</sup> Além de apontar a ideologia, como transmissão de falácias sob pretexto de veracidade, coube à teoria crítica, pautada no escólio freudiano, fulminar a convicção de que a racionalidade encerrava toda a capacidade cognitiva do sujeito. Ora, se Freud, ao escutar o humano, denunciou a existência da inconsciência, do desconhecido e sua irracionalidade, por certo que o exercício lógico formal é insuficiente no processo hermenêutico, mormente para atingir os objetivos alhures propugnados de busca à certeza e à segurança. In BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2.007.

<sup>13</sup> Mauro Cappelletti adverte que a profusão dos direitos fundamentais, historicamente revelados, a sociedade massificada e as complexas demandas, além das promessas feitas pelo legislativo em forma de programas e fins institutivos que não foram, ao final, implementados, desaguou na tarefa gigantesca do poder jurisdicional, como *conditio sine qua non* para manutenção do sistema de pesos e contrapesos nas esferas do Poder. In CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antônio Sérgio Fabris Editor. 1.993.

### 3. A DIALÉTICA JURÍDICA E HERMENEUTICA NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A dialética compreende uma discussão bem organizada, engendrando no seu entorno tanto um método quanto uma arte, cuja finalidade, no direito, é alcançar a justiça.<sup>14</sup> Recruta a tópica jurídica<sup>15</sup>, um catálogo de tópicos, ou acervo de dados jurídicos de modalidades e funções variegadas, cuja utilização exige a persuasão e, daí a característica artística na força do discurso, mas não abdica de consenso e experiência para equacionar situações conflituosas no meio ambiente social, confirmando-se, também, como metodologia.

Como fenômeno cultural ou realidade significativa marcada por valores vigentes, de onde o direito brota, a dialética difere radicalmente dos fenômenos físicos da natureza, porquanto aqui as verdades obtidas resultam de um estudo empreendido através de um método empírico-indutivo, a partir da gnosiologia<sup>16</sup>, como, ainda, rompem com o dedutivismo silogístico que requeira o resultando da absoluta verdade das duas premissas na conclusão.

Se as fontes jurídicas não de ser estendidas aos conflitos para ajustar-se às situações ali presentes, a hermenêutica prescinde do absolutismo, do fundamento inconcusso da verdade, embora não descambe ao decisionismo irracional<sup>17</sup>, porquanto a hermenêutica filosófica, ao refutar o fundamentalismo da verdade, não rechaça alguma verdade, admitindo

---

<sup>14</sup> Paulo Ferreira da Cunha discorrendo sobre a dialética, narra que o direito deve perseguir os valores sublimes da justiça, igualdade, liberdade e o personalismo, num caminho sem cessar, em cada tempo em lugar, o possível ante parâmetros tópicos em presença, gerais do ordenamento, particulares do caso concreto. Desta busca constante e perpétua, observa-se o dinamismo que se contrapõe ao *a priori* das certezas exigidas pelos métodos tradicionais. **In Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006, pp. 564 e seguintes.

<sup>15</sup> Paulo Ferreira da Cunha descreve modalidades tópicas epistêmicas centradas no direito, catalogando a tópica jurídica doutrinal, concernente aos escritos dos jurisperitos que se traduzem como argumentos de autoridade, a tópica jurídica legal que representa os trabalhos das comissões de constituição e justiça e se estendem até a interpretação da norma pelo julgador, a tópica jurídica judicial que significa o labor do judiciário nos casos concretos, e a tópica jurídica historiográfica que reproduz a história, o passado, em documentos de índole jurídica. Há também estudos tópicos extrajurídicos, como o são os estudos de outras disciplinas que atingem e afetam o direito, como tópica mediática (aquela que promana dos meios de comunicação), tópica literária (obras de ficção literária) e até o movimento “do contador de estórias legais”(critical legal studies), concluindo-se com a tópica mítico-teológica (cujas fontes remontam à mitologia e gozam de autoridade suprapositiva). **In Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006, pp. 575 e seguintes.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**, São Paulo: Saraiva, 1.978.

<sup>17</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica**. **In Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Canotilho Gomes**. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros Editores, 2.006, p. 398.

as probabilidades e verossimilhanças que são, em última *ratio*, conhecimentos desprovidos de arbitrariedades e absolutismos.

E com Bonavides, citando Gadamer, afirmar-se-á que a verdade de um texto captada pela hermenêutica, tem início no próprio texto, é ele quem fala em primeiro instante ao hermeneuta, *a fortiori* pela força normativa da Constituição, ou seja, qualquer invenção *contra legem* à Magna Carta conspira contra o ordenamento, contudo se há vontade e uma pré-compreensão do cenário no hermeneuta, o conhecimento não poderá ser sincrético.<sup>18</sup>

De qualquer sorte, o imbróglio a ser desanuviado pelo operador do direito não remonta às questões cronológicas em relação à feitura da lei, mas à questão material entre a generalidade do enunciado e a singularidade dos casos concretos, como, ainda, a objetividade do texto e o subjetivismo (vontade) do intérprete.

Eis o fascínio da interpretação constitucional que rompe com os métodos clássicos de compreender o direito, ancorados na objetividade da norma ou no subjetivismo do hermeneuta, e passa a consorciar tópica e hermenêutica filosófica, onde a interpretação depende de compreensão e esta da pré-compreensão, na medida em que o texto, existindo como tal, passa a ter algum significado na subjetividade de quem o compreende, isso requer intersubjetividade e ampliação do círculo hermenêutico.<sup>19</sup>

Observa Fernández-Largo que compreensão normativa reside na antinomia entre o abstrato e o concreto, competindo ao aplicador do Direito trazer para seu contexto histórico e para a sua condição de sujeito por ela afetado uma norma que é enunciada sempre em termos genéricos e a partir de supostos típicos<sup>20</sup>.

Nesta vereda, cumpre registrar, que a cada concretização, os modelos normativos se ampliam sobremaneira, enriquecem-se, adquirindo novas possibilidades de utilização que não

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 482/483.

<sup>19</sup> Essa ampliação do círculo hermenêutico resulta da tradição e da história enquanto fenômenos que interagem com o mundo do hermeneuta, e nessa miscelânea há compreensão, e por isso a pré-compreensão é sempre condição de possibilidade de interpretar. In GADAMER. **Verdade e Método**. Vol. I, 7 edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005.

<sup>20</sup> Antonio Osuna Fernández-Largo, **El debate filosófico sobre hermenêutica jurídica**, Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1.995, p. 96 e 115.

poderiam ser imaginadas pelo legislador de forma estritamente abstrata. Ademais, os casos decididos a partir de uma nova concepção e realidade (overruling) passam a ser paradigmáticos à situações vindouras<sup>21</sup>.

Sob essa perspectiva, torna-se manifesto o caráter nomogenético dos fatos sociais, como determinantes da regeneração e oxigenação do arcabouço jurídico, um verdadeiro aggiornamento que é empreendido pelo operador do direito à luz das necessidades sociais, preservando-se a força normativa da Constituição.<sup>22</sup>

Deveras, a partir do neoconstitucionalismo há uma nova realidade, mais complexa, na hermenêutica jurídica, procurando legitimar a preservação das condições essenciais do Estado Democrático de Direito, e os atores do *jus* têm a missão de invocare assegurar os valores substantivos, sem embargo de curvar-se aos procedimentos adequados de participação e deliberação<sup>23</sup>.

A hermenêutica constitucional, por sua natureza, admite uma prática interpretativa aberta, criativa, como forma de manutenção de um processo constante de legitimação histórica do Texto Magno. Eis o sentido da poiese como ordenamento aberto à facticidade e referendado pelo seio comunitário, na acepção mais democrática do termo.

Se a Constituição ocupa espaço de destaque, no centro da ordem jurídica, em interdependência com o meio ambiente – esfera social e valorativa -, buscando a transformação ética da sociedade, como já foi colocado, essa atividade, otimizante do Direito concerne ao jurista, o hermeneuta, até para evitar que a publicização do direito, com a pulverização acerba de normatividade, empane a autonomia privada, em substituição pura e completa à pessoa pela instituição estatal.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup>LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, Lisboa: Gulbenkian, 1.989.

<sup>22</sup>SICHES, Luís Recaséns. **Análise dos fatores da produção e da transformação do direito e Forças sociais que atuam sobre a legislação**, in Tratado de Sociologia, Rio de Janeiro: Editora Globo.

<sup>23</sup> Relembramos que no atual estágio da dogmática jurídica reconhece-se que, em múltiplas situações, o juiz não é apenas a “a boca que pronuncia as palavras da lei”, na expressão de Montesquieu. Hipóteses há em que o interprete é co-participante do processo de criação do Direito, integrando o conteúdo da norma com valorações próprias e escolhas fundamentadas, notadamente quando se trate da aplicação de cláusulas gerais e princípios. Sobre o temário, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *Revista Forense*.

<sup>24</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário**. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005, p. 314-5: “Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender

Outrossim, a partir de tais premissas, toda interpretação da ordem jurídica exorta à hermenêutica constitucional, ou seja, as normas jurídicas passam pelo crivo da constitucionalidade, não de refletir os seus valores, mormente os direitos fundamentais, pois como ilaciona Paulo Ferreira da Cunha os valores abarcados pelo Texto Maior marcam os flancos ético-políticos do Estado e seu povo, além de lhe traçar o marco ideológico<sup>25</sup>.

Portanto, na aplicação do direito, há se considerar:

a). antes de aplicar a norma, o interprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir;

b). ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais, na perspectiva da efetividade de seus objetivos, fundamentados na dignidade da pessoa humana;

c). a perplexidade causada pelos atentados em face da pessoa humana durante as guerras mundiais e a constatação de que a legalidade estrita poderia servir como justificativa para os regimes autoritários e legitimar atrocidades, conduziram ao desenvolvimento de uma nova dogmática hermenêutica na qual a dignidade da pessoa humana desponta como célula *mater* do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional Democrático<sup>26</sup>;

d). prevalência da ponderação em face da subsunção no âmbito hermenêutico, a partir do momento em que a Lei Maior reclama mais princípios que regras, em torno de uma proposta de universalização de direitos e consagração da liberdade-igualdade-fraternidade;

---

ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instancias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via obliqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o interprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador.”

<sup>25</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. O jusfilósofo, que nutre gosto pelo direito constitucional, acena aos valores constitucionais da liberdade, igualdade e justiça. E sobre a dignidade humana, discorre tratar-se de um princípio e de um limite de ação do Estado, embora não o quadro como princípio de natureza política. *In* Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 2.006, pp. 710/712.

<sup>26</sup> SEGADO, Francisco Fernández. **La dignidad de persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.**

e). o direito a partir da dialética proporciona uma rematerialização constitucional, advinda da zetética em detrimento da dogmática, abarcando assim valores, opções políticas e diretrizes aos poderes públicos.

Nesta vereda, o constitucionalismo é produto de uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e teoria do direito, preocupadas com desenvolvimento de um trabalho crítico e não apenas descritivo.<sup>27</sup>

Dentro desse novo paradigma, o papel desempenhado pelo interprete do *jus* é fortalecido pela ampliação de sua competência para invalidar atos legislativos e interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.<sup>28</sup>

Recorra-se a pertinaz observação feita por Paulo Ferreira da Cunha:

...quando um agente jurídico, quando um aplicador do Direito (e todos nós somos aplicadores do Direito, e mais vezes do que supomos) tem uma dúvida de interpretação, sobre o sentido e o alcance de uma norma ou de um sistema de normas, deve antes de mais perguntar-se qual das soluções é mais concorde com a Liberdade, mais promove a Igualdade, mais contribui para que se atribua a cada um o que é seu, ou seja, mais se faça Justiça. Em mil e um casos concretos se coloca a questão. E é uma pedra de toque. O burocrata agarrar-se-á à ordem e à letra da norma. Mas o jurista compreenderá que já uma hierarquia das fontes, em cujo topo está a Constituição, na qual o mais importante são os valores, seguidos dos princípios, e das normas – estas por sua vez com sua hierarquia.<sup>29</sup>

Ora, a atual situação do ordenamento jurídico reclama do jurista uma mirada transdisciplinar<sup>30</sup> a fim de que as características genuinamente humanas, aquilo que lhes é imanente e há de transcender na existência venha a ser restituído pelas ferramentas jurídicas, conquanto a pessoa e seus consectários ( liberdade, igualdade e justiça) compõem-no a ontogênese.

O caráter polissêmico e indeterminado dos princípios que constituem a baliza do atual estágio jurídico, na perspectiva neoconstitucional revela ser tarefa da antropologia, como

<sup>27</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**, p. 124.

<sup>28</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 245.

<sup>29</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **In Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006, p. 716.

<sup>30</sup> Há uma revisitação ao princípio do terceiro excluído com a física quântica e o binômio matéria-energia se relativiza com a admissão de que a matéria é um estado de energia, ou seja, o terceiro termo T, migra entre matéria e não matéria, tempo e espaço, corpo e espírito. Esta é a descoberta de Lupesco. In Alessandro Severino Valler Zenni e Daniel Ricardo Andreatta Filho. **O Direito na Perspectiva da Dignidade Humana. Transdisciplinariedade e Contemporaneidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2.008, p. 64.

filosofia do homem, ciência, como técnica jurídica<sup>31</sup>, e cosmologia, como investigação de transcendência, processo de humanização.<sup>32</sup>

O direito não foge ao estudo *transdisciplinar*, ao modo zetético. Se o propósito do *jus* é o de distribuir os valores humanos a quem tem mérito no sentido de construir todo e cada um dos seres humanos como pessoas, somente a amálgama supracitada consorciada ao direito pode oferecer soluções ao nihilismo que absorve o existir cotidianamente.

Uma revisão às fontes do direito, alocando na dignidade da pessoa humana a causa e o fim do *jus*, exige do jurista o viés interdisciplinar, mormente a sistemática hodierna possuir uma estrutura diametralmente oposta a regras, mas princípios-regras no diapasão de Dworkin, exigindo, além da interpretação, uma densificação do conteúdo a ser aplicado, exsudando radicalmente as atuais concepções de dignidade como existencialidade mínima, processo como efetividade pragmática, hermenêutica como recurso lógico formal e simbólico embotado na vinculação de uma súmula ou na subsunção de uma norma apriorística.

Na dialeticidade ínsita à hermenêutica constitucional encontra-se instrumental para à racionalização de decisões, longe dos apriorismos puros, igualmente à deriva do decisionismo de sabor e ocasião. O caminho para (*meta-odos*) realização do justo é essencialmente dialético, recheado de intersecções transdisciplinares e afins.<sup>33</sup>

#### **4. FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO À LUZ DA ZETÉTICA**

Partindo de premissas entabuladas pioneiramente por Miguel Reale a partir da ontognoseologia jurídica, resta demonstrada a consagração de fatores extrajurídicos para a potencialização da norma e mesmo à sua aplicação concreta.

---

<sup>31</sup> Alvaro Dors ao descrever a ciência do direito, restitui o compromisso do *jurisprudente*, buscava criar o *jus* com prudência, incremento racional, ao mesmo tempo em que investia-se de *voluntas* para manter em permanente objetivo a distribuição dos bens jurídicos segundo mérito. *In* Introdução ao Estudo do Direito, p. 42.

<sup>32</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A crise do Direito liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

<sup>33</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**, p. 111.

Inaugura-se um sistema aberto e dinâmico, antípoda ao purismo metodológico desenvolvido por Kelsen<sup>34</sup> cuja base do sistema se encontrava na supremacia da norma, apego à literalidade da norma jurídica, encerrando um sistema fechado e estático.

A ontognoseologia jurídica que tem como cabedal a tridimensionalidade e o culturalismo jurídico denota o papel da sociologia que tem como objeto o estudo das relações concretas estabelecidas entre o direito e a sociedade. Igualmente, a filosofia do direito, propugnando a realização dos valores humanos, o devir que reclama a constante e permanente transformação da coletividade.

A sociologia parte da premissa da sociabilidade inerente à condição humana, porquanto o ser humano figura como um animal social<sup>35</sup>, cujas habilidades<sup>36</sup> e virtudes somente se desenvolvem no seio de uma coletividade, visto que a existência reclama necessariamente a coexistência com outros agentes sociais.<sup>37</sup>

O fato da convivência humana sob estudo metódico das regularidades padronizadas do comportamento social tal como existem em todas as partes da sociedade, eis objeto de estudo da sociologia, ou seja, tudo o que contribui para a associação humana ou dela deriva é matéria para a reflexão sociológica. Por outro lado, a sociologia aplicada ao direito designa

---

<sup>34</sup> A preocupação de Kelsen estava em evitar o sincretismo metodológico, deslincando a questão do valor ao campo da filosofia e da efetividade à seara da sociologia. O direito, enquanto ciência, é um feixe ordenado entre normas superiores e inferiores, que goza de validade e eficácia. In KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins e Fontes, 1.999.

<sup>35</sup> A tentativa de imantar essa união entre seres humanos é das mais controversas. Os darwinistas diriam que a agregação é fado da necessária sobrevivência, a antiguidade pontuava a natureza política da espécie humana (Aristóteles. In *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4ª. Ed., Editora Unb: Brasília, 2.001), enquanto os teóricos da doutrina social da igreja dirão que o solidarismo tem como fio condutor a *causa amoris* (Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-II, 104, 3 e 1.). Embora partilhando do positivismo sociológico de Augusto Comte, Duguit, em obra celebre de direito, afirmará que essa coexistência está fundada em sentimento de justiça (Leon Duguit. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1.996), ao que recebe críticas de Jacy de Souza Mendonça por entender que o seu sociologismo é impuro, porquanto atribui valor ao fato da agregação. In MENDONÇA, Jacy de Souza. *O Curso de Filosofia de Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999. No mesmo viés Cláudio de Cicco, frisando a distinção entre o sociologismo puro e o impuro, e afirmando que o pai do sociologismo, Augusto Comte, conclui pela transformação de sua filosofia em religião, fundada no amor, descaracterizando, notadamente, os objetivos alhures perseguidos da análise hermética do fato social.

<sup>36</sup> A sociabilidade que se propõe às trocas de papéis sociais foi destacada na teoria de Durkein. E com Niklas Lhuman se chegará à designação da sociedade funcionalmente diferenciada. LHUMAN, Niklas. **Sociologia do Direito** I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983

<sup>37</sup> Em análise não propriamente sociológica, que ao juízo do monografista, derroga as individualidades, mas sem negar que a existência humana é inevitável coexistência comunitária, e requestando o bem comum como espaço externo compartilhado dentro do qual os as subjetividades se implicam, expandem-se na participação, e os seres desenvolvem-se em personalidade. In ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.006.

um ramo da sociologia geral que tem como objeto básico de estudo das relações concretas estabelecidas entre o Direito e Sociedade, seja a irradiação dos comportamentos intersubjetivos na confecção das decisões jurídicas abstratas ou concretas, bem como o influxo do fenômeno jurídico no campo das relações humanas em sociedade, sua capacidade de transformação social.

Por essa razão é que tem havido uma associação da constitucionalização do direito à sociologia e filosofia jurídicas como caracterização de um saber científico, empírico, zetético e causal, dirigido aos fins imanentes e transcendentais à espécie humana.<sup>38</sup>

Notável papel desempenha a sociologia, enquanto ciência dos fatos sociais, e a filosofia como axiologia, na perspectiva de se analisar questões modernas que se constroem, valendo remeter à Bauman:

“Atualmente, o problema da identidade resulta principalmente da dificuldade de se manter fiel a qualquer identidade por muito tempo, da virtual impossibilidade de achar uma forma de expressão da identidade que tenha boa probabilidade de reconhecimento vitalício, e a resultante necessidade de não adotar nenhuma identidade com excessiva firmeza, a fim de poder abandoná-la de uma hora para outra, se for preciso. Não é tanto a co-presença de muitas classes que é a fonte de confusão, mas sua fluidez, a notória dificuldade em apontá-las com precisão e defini-las – tudo isso revertendo à central e mais dolorosa das ansiedades: a que se relaciona com a instabilidade da identidade da própria pessoa e a ausência de pontos de referencia duradouros, fidedignos e sólidos que contribuíram para tornar a identidade mais estável e segura.”<sup>39</sup>

Constata-se, neste diapasão, que sociologia garante a carga fática objeto de análise do *jus* e a filosofia aponta à vereda dos valores da emancipação humana, substratos materiais de que se deve nutrir o sistema jurídico, conferindo ao elaborador do direito o aporte indispensável à elaboração normativa, como, ainda, fornecendo ao aplicador do direito o conteúdo valorativo que há de almejar; a tríplice dimensão do operador do direito: de jurista, sociologista e filósofo.

Ademais, na visão sociológica não se pode olvidar a zetética como característica fundamental, que busca refletir criticamente sobre as relações mantidas entre o ordenamento

---

<sup>38</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. **O Direito na Perspectiva da Dignidade Humana. Transdisciplinariedade e Contemporaneidade.** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2.011.

<sup>39</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

jurídico e a sociedade, através de constantes questionamentos para a formulação de suas leis científicas, não se coadunando com uma abordagem eminentemente dogmática, que se revela refratária às indagações acerca da interação das normas e instituições jurídicas no mundo social circundante.

A sociedade complexa reclama do operador do direito soluções aos problemas os mais intrincados e variegados como o do desenvolvimento da biotecnologia, no qual tecnologia tem papel sintomático,<sup>40</sup> os novos objetos de consumo, a própria sociedade objetual<sup>41</sup> e a potencialidade competitiva, os modelos plurais de família etc., onde o plano dogmático é lacunoso e reticente.

As coevas demandas sociais impõe ao jurista o recurso à zeteticana solução dos conflitos, tomando como ponto de partindo a aporia e as sucessivas indagações e respostas, ao modelo retórico-dialético, criando o direito ajustado às hodiernas tendências, sem romper abruptamente com a tradição e à experiência, e com isso evita o *non liquet*, enfrentando os desafios que não se consubstanciam na dogmática jurídica.

Nessa trilha, filosofia e sociologia jurídicas, atreladas à zetética, revela o jurista uma natureza essencialmente preocupada na busca da reflexão crítica sobre o fenômeno jurídico, de modo a propiciar uma conexão do sistema normativo do Direito com os fatos sociais, diferentemente de uma abordagem essencialmente dogmática, que se limita a reproduzir os dogmas normativos do sistema.

A investigação zetética tem sua característica fundamental na abertura constante para o questionamento profuso de todas as dimensões do fenômeno jurídico, diferentemente da seara dogmática, que limite os juristas aos marcos da ordem normativa vigente, a qual lhes aparece como um dado prévio, que contém a verdade como resposta.

E nem seria desarrazoado afirmar que a lógica simbólica faz ressurgir, com o recurso à tecnologia e à cibernética, a (re)dogmatização do *jus*, desencadeando o fenômeno do

---

<sup>40</sup> RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo**. São Paulo: Makron Books, 1999. O autor focaliza o cenário hodierno de “século da biotecnologia”.

<sup>41</sup> Como pontua Tercio Sampaio Ferraz Junior na morte há liberdade, porquanto é o fim da relação e da uniformidade, o *modus vivendi* que conduz à igualação uniformizada, como se os seres humanos se vestissem com os mesmos uniformes e fossem conduzidos como massa de manobra. **In Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 3ª Ed., São Paulo. Atlas, 2.009, p. 139;140.

pragmatismo judicial, onde o filosofar cede à técnica, e a arte do justo à solução racional pura. Dirão os doutrinadores que o efeito do utilitarismo nas tecnologias judiciárias lança o operador do direito à mirada da efetividade, ou seja, o maior prazer possível ao maior número, comprometendo o resultado justo, e, paralelamente, empecendo papel do jurista na sua vereda de dignificação pessoal.<sup>42</sup>

## 5. O CONSTITUCIONALISMO EM DIREÇÃO À PESSOA

Ante as reticentes problemáticas no mundo pós-moderno, de que maneira o direito poderia auxiliar o ser humano a restituir-se em dignidade, mormente através da aplicação da zetética nos casos concretos, permitindo-lhe a singularidade e a construção do personalismo ético?

*Ab ovo* a perspectiva haveria de ser a de revisão ontológica do direito; o ser humano é ser que deve ser diariamente, na humanidade reside causa e fim, ser e devir, (em)vida<sup>43</sup>, um a fazer permanente. Essa é a primeira lei, sem o que todo direito positivo, decisão judicial ou argumento de autoridade perde sua força imperativa. O direito está imantado de metafísica.<sup>44</sup>

Como ensina Castanheira Neves o homem não é, essencialmente, ser racional, político, mas, substancialmente, ser pessoal, de liberdade e responsabilidade assumidas, sujeito de amor e culpa, um ser antiquado que busca a contemplação e através da *nus* atinge sofia, ou seja, ser ontológico e gnosiológico que, no existir, exorta à ética.<sup>45</sup>

Se o direito normativo é indispensável no contexto pluralista social e nos conflitos ideológicos, há critérios metalegais, um sentido de justiça que compõe o manancial de abertura e mobilidade à ordem jurídica.

---

<sup>42</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler, ANDREATA FILHO, Daniel Ricardo. **O Direito na Perspectiva da Dignidade Humana. Transdisciplinarietà e Contemporaneidade**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2.011.

<sup>43</sup> Heidegger renova o enfoque da filosofia na hermenêutica da vida. Ser e Tempo. Parte I. Tradução de Márcio de Sá Cavalcante. 10ª ed., Petrópolis: Vozes, 2.001.

<sup>44</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.006, p. 89.

<sup>45</sup> CASTANHEIRA NEVES. **A. Digesta. Vol. 1, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Edifício Coimbra Editora, 2.010, p. 290.

Parafraseando Vico, o direito é ideia humana, obra de sua responsabilidade<sup>46</sup>, e a força normativa de uma lei depende da justiça de sua essência, ou seja, o princípio transpositivo de que reclama o direito posto enquanto ser (norma) é o fundamento de justiça que lhe banha, algo que surge do diálogo enquanto método, e que não retrocede em direitos humanos, porque à margem deles a degradação humana surge, ou seja, sem essa plêiade de conquistas adquiridas, o homem deixa de ser o que é, torna-se indigno, e no cenário de coexistência natural a suprema axiologia da existência humana comunitária, a justiça, também fica ofuscada.<sup>47</sup>

E reconhecida à fonte primeira da qual desponta todo o direito, qual seja, a pessoa, depreca-se um método que possa amplificar a eminente função do *jus*.

O neoconstitucionalismo se afigura como movimento bastante a equacionar os grandes temas, conquanto nas normas princípio de textura aberta, interagindo na mesma intensidade de importância, com o fato conflituoso, a partir de método problemático (tópico), tem o condão de oferecer um critério justo para a hipótese conflituosa. Há otimização da norma na sua correlação com o fato, buscando empreender uma perspectiva crítica em relação à modernidade, permitindo a transformação do ser da norma em dever ser de sua eticidade latente.

Ratifica-se com o *leading case* “Lüth” que se afeiçoa à novel hermenêutica constitucional e se mostram dos mais importantes julgamentos da Corte Constitucional Federal alemã, eis que a axiologia do direito consorciada a critérios extrajurídicos, como, ainda, a colmatação entre Constituição e legislação infra marcam a justiça no julgamento.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins analisando o *decisum* esclarecem que as cláusulas gerais e os critérios extras civis e extrajurídicos enunciados na jurisprudência

---

<sup>46</sup> *Apud*. CASTANHEIRA NEVES. A. **Digesta. Vol. 1, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Edifício Coimbra Editora, 2.010, p. 290.

<sup>47</sup> A definição de Castanheira Neves à justiça conflui com o sentido de dignidade humana, porquanto a construção da pessoa como sujeito singular implica em desabrochar no grupo comunitário, e dessa maneira a igualdade passa a ser condição social da liberdade, e a liberdade como possibilidade pessoal só se reconhece a alguém no plano das igualdades. Assim o equilíbrio entre participação e a responsabilidade traduz uma relação justa, dinâmica de cada ser perante o grupo na coexistência do todo comunitário rumo ao bem coletivo. CASTANHEIRA NEVES. A. **Digesta. Vol. 1, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Edifício Coimbra Editora, 2.010, p. 280/281.

evidenciam um compromisso com os valores e uma circularidade com o seio social, seu desenvolvimento cultural e a dinamização do direito, que concebe e exorta o hermeneuta a interagir com a experiência social pelas cláusulas gerais.<sup>48</sup> Essa decisão marca, ainda, a inauguração da teoria do efeito recíproco<sup>49</sup>, insurgindo-se contra a imutabilidade da norma constitucional e a legítima possibilidade de colmatação nos valores sociais.

Doutrinadores de nomeada reivindicam em época de aparente diluição personalíssima, fomenta-se a esfera pública sobre a qual o espaço do discurso dialético restituía ao participante sua condição humana de ação, já no exercício político<sup>50</sup>.

Modalidades como audiências públicas e a figura do *amicus curiae* podem contribuir, não somente com a elevação do debate, entrecruzando teses para o desfecho problemático e mais próximo do verossímil e justo, como, ainda, oportuniza as pessoas que participam do discurso resgate em autonomia, manifestação de vontade e liberdade no estágio da ação.<sup>51</sup>

#### Relevante consideração do Ministro Carlos Ayres Britto em julgamento sintomático:

Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas *agitados* nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup>DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. SP: RT, 2007.

<sup>49</sup>Wanderlei de Paula Barreto. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. Acesso em 28 nov. 2011. Disponível em [www.advocaciabarreto.com.br](http://www.advocaciabarreto.com.br).

<sup>50</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I, p. 138.

<sup>51</sup> A ação aqui é tomada no sentido em que lhe emprega Arendt, uma das características da condição humana, a apresentação à esfera pública para a emancipatória participação discursiva. *In* A Condição Humana.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/ Acesso em 28 nov. 2011. Disponível em [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf).

Há de prevalecer um novel método jurídico baseado no discurso dos interlocutores que resgata a clássica dialética, ressuscitada hodiernamente por Chaim Perelman, onde resplandece um direito da natureza das coisas fluindo em tópicos aceitos pelos juristas, sancionados pelo julgador, aprovados pela sociedade e antípodas às súmulas morais apriorísticas.

Recompor a empreitada do jurisprudente, no papel que lhe foi conferido alhures, de busca incansável e permanente pelo justo da situação concreta, rompendo com o pragmatismo técnico da lógica simbólica, comedindo sua decisão com a prudência que se espera do *humano juiz*, eis o rechaço ao papel social que desempenha quando está adstrito às metas estatísticas e o permite responsabilizar-se, como pessoa, pelo *mínus* do julgamento, como ser que sente, quer e pensa rumo ao ético, estético e justo.

A metodologia tópica, que parte de pontos de vista jurídicos e chega a pontos de vista mais próximos do justo engendra a um só tempo, arte, ciência e ética na concreta solução dos casos; só assim a pessoa humana como signo fundamental do Estado Democrático de Direito, de símbolo frio impresso no papel, otimizar-se-á como valor jurídico na praxis.

## **6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS**

Em escorço, uma revisão nas fontes do direito se faz de mister na empreitada do jurista, reconhecendo que a pessoa e sua eminente dignidade, uma existência que coexiste, liberdade que impescinde de igualdade e, portanto, relação justa, compõe o substrato de toda a ordem jurídica formal.

Assim, o jurista, do elaborador da norma, ao seu aplicador, haverão de avaliar o direito em cotejo com a filosofia, antropologia, sociologia, em perspectiva transdisciplinar, fazendo com que a poiese sistêmica gire circularmente, e o direito produzido colha os fluxos dos fenômenos sociais, como, ainda, condicione o seio coletivo.

Nessa senda de interdependência entre ordem jurídica e mundo circundante, a Constituição deve ser compreendida como documento jurídico supremo, gozando de lugar destacado no centro da poiese, pulverizando os valores que abraçou a partir da experiência humana, como fundamentos do *jus*, máxime igualdade, liberdade e justiça, e sob seu invólucro todo direito produzido há de ser por ela ratificado.

Exige-se da Constituição máxime efetividade, porque dotada de força normativa, e propugna por uma utopia transformadora que almeja do ser normativo o dever ser ético projetado à coletividade, permitindo que cada sujeito se dignifique no grupo. Esse bem comum atingido nas relações humanas denota a justiça que o jurista há de perseguir como vontade constante e perpétua.

O método apropriado é aberto e problemático, tópico e dialético, despido de apriorismos absolutos, focado na situação concreta, que parte do fato cuja complexidade exige uma solução a-justa-da, tecida com arte.

Com a pós-modernidade e a revolução tecnológica, não só a liberdade, atributo essencial à construção da pessoa humana perde-se na liquidez do uniforme que cada um dos seres veste na sociedade de massa, como, de forma ainda mais preocupante, a manipulação das vidas tem início antes mesmo do nascimento.

O direito poderá restituir ao ser humano aquilo que é seu de natureza, inicialmente deixando de ser visto como uma técnica que sucumbe à eficiência e à estatística, para retornar ao compromisso com a arte, com a prudência e com a vontade constante e perpétua de distribuir conforme o mérito.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Nestor Mário da Gama Kury. 4ª ed., Brasília: Ed. UNB, 2001.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea**. Acesso em 28 nov. 2011. Disponível em [www.advocaciabarreto.com.br](http://www.advocaciabarreto.com.br).

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2.009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2.008.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed.,Coimbra: Ed. Almedina, 1.991.

BECK, Ulrich.**Ecologicalenlightenment**. Essays on the politics of the risk society.New York: Prometheus Book, 2001.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/ Acesso em 28 nov. 2011/Disponível em [/www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf).

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed.,Coimbra: Ed. Almedina, 1.991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antônio Sérgio Fabris Editor. 1.993.

CASTANHEIRA NEVES. A. **Digesta**. Vol. 1, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Edifício Coimbra Editora, 2.010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2.006.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. SP: RT, 2007.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1.996.

ESSER, Josef. **Princípio y norma**. Barcelona: Bosch, 1961

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 3ª Ed., São Paulo. Atlas, 2.009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

GADAMER. **Verdade e Método**. Vol. I, 7ª edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1.997

HABERMAS, Jungen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flavio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I

\_\_\_\_\_. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. Tradução Luiz Sérgio Repa; Rodnei Nascimento. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. ParteI, Tradução Márcio de Sá Cavalcante , 10ª ed., Petrópolis: Vozes, 2001.

IERING. Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**, Vol. I. Campinas: Brookseller, 2.003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins e Fontes, 1.999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, Lisboa: Gulbenkian, 1.989.

LHUMAN. Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **O Curso de Filosofia de Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.999

MILARÉ, Édis. **Amplitude, limites e perspectivas do Direito do Ambiente**. In: Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental. MARQUES, José Roberto (org.). Campinas: Millennium, 2009.

MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2a.ed., Saraiva: São Paulo, 1.995

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Martins Fontes: São Paulo, 1.996.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, Coimbra: Arménio Amado, v. 1, 1961.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**, São Paulo: Saraiva, 1.978.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo**. São Paulo: Makron Books, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V.1, 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SEGADO, Francisco Fernández. **La dignidad de persona como valor supremo del ordenamiento jurídico**.

STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Acesso em 28 nov. 2011. Disponível em <http://www.ite.edu.br/ripe>.

STRECK, Lênio Luiz. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica**. In **Constituição e Democracia**. Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Canotilho Gomes. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros Editores, 2.006.

SICHES, Luís Recaséns. **Análise dos fatores da produção e da transformação do direito e Forças sociais que atuam sobre a legislação**, in *Tratado de Sociologia*, Rio de Janeiro: Editora Globo.

TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, Livro I, 1.998.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A crise do Direito liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ZENNI, Alessandro Severino Valler ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. **O Direito na Perspectiva da Dignidade Humana. Transdisciplinariedade e Contemporaneidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2.008.