Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 9 – janeiro/fevereiro/março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

HERMENÊUTICA DA CRIAÇÃO ... E DOS ESQUECIMENTOS: o Holzwege do Mandado de Injunção.

Prof. Sérgio da Silva Mendes

Doutorando em Filosofia pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Bacharel em Administração pela Universidade Federal Fluminense. Ex-Diretor da Divisão de Ações Judiciais do Tribunal de Contas da União – TCU. Ex-Consultor Jurídico Substituto do TCU. Secretário de Recursos processuais do TCU.

O que se verá aqui é como se realiza uma verdadeira reforma do Estado pelas vias da interpretação jurídica. O escopo deste estudo será a demonstração dos caminhos do relativismo jurídico, ao qual denominamos de *hermenêutica da criação ... e dos esquecimentos*. Para trilhá-los iniciamos pelas *vias esburacadas* da recepção de Gadamer no âmbito do direito **(1)**. Demonstraremos que a recepção *esquece* (ou dá reduzida importância) elementos centrais da Hermenêutica Filosófica e acaba por fragilizar seus alicerces normativos, afetando teorias como a *dos princípios e da argumentação jurídica* de Robert Alexy **(2)**; após, uma breve conclusão crítica, tomando como fundamentos argumentos de Habermas e de Ingeborg Maus, tentará por às escâncaras as frágeis premissas e os efeitos colaterais da *hermenêutica da criação* **(3)**.

Os intérpretes precisam compreender que seu perspectivismo consumado faz com que, como afirma Nietzsche, quem acreditou ter entendido algo de mim, havia ajustado algo de mim à sua imagem1 – não raro um oposto de mim2. A consciência da presença do perspectivismo amplia minha

---

* Somente serão colocados os dados bibliográficos completos, em regra, na primeira citação de cada obra.

1 Friedrich Nietzsche. *Ecce homo.* Alianza Editorial, 2004, p. 65.

2 Friedrich Nietzsche. *Fragmentos Finais.* Brasília: UnB, 2002, p. 155: e é mais radical: “o mesmo texto permite inúmeras exegeses: não há nenhuma ‘correta”

responsabilidade no instante da ação de interpretar. Portanto, consciente e imputável de minha vontade de poder só me resta a obrigação da genealogia, um distanciamento de meus valores para aproximar-me de outros que pretendo perscrutar. Como diz Cappelletti, o verdadeiro problema a enfrentar é "o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários"3. Pode-se constatar que a criatividade é tanto maior quanto maiores forem as deficiências de compreensão e de limitação ideológica do aplicador. Explique-se: por criatividade compreenda-se o descolamento da norma, quer para diminuir-lhe a eficácia, quer para estender-lhe os conceitos na direção dos interesses; por deficiências de compreensão entenda-se a impossibilidade de apreensão dos contextos históricos da norma e do presente e a alienação conceitual (falibilidade da compreensão em função de dogmas ocultos pela tradição); e por ideologias quer-se trazer a inafastável influência do sujeito na interpretação.

Nossa tarefa não poderia ficar apenas no âmbito da argumentação teorética para que não fosse confundida com a *hermenêutica da suspeita*4. Para a demonstração prática do relativismo jurídico imposto pela *criação ... e pelos esquecimentos* elegemos as vias do *Holzwege* do mandado de injunção. Primeiro explique-se o título. *Holzwege* é de inspiração heideggeriana e suas palavras explicam bem o sentido: "na floresta há caminhos que, o mais das vezes sinuosos, terminam perdendo-se, subitamente, no não trilhado"5. A tradução francesa do termo sintetiza bem a idéia: *chemins qui ne menent nulle part*, ou seja, caminhos que levam a lugar nenhum. Esta é a história do mandado de injunção, o qual vai da inocuidade ao excesso. Este último, uma verdadeira *reforma interpretativa do Estado*, pode ser verificado no recente voto proferido pelo relator do Mandado de Injunção 712-8-Pará, que tramita no Supremo Tribunal Federal. Nele vemos a realização da *hermenêutica da criação ... e dos esquecimentos*, com graves conseqüências para um conceito de democracia. Como diz Ortega y Gasset, "como acontece sempre ao fim de um ciclo cultural, os vocábulos das línguas estão todos envelhecidos e se tornaram equívocos. Depois de Yalta esta palavra se tornou rameira porque foi pronunciada e subscrita por homens que lhe deram sentidos diferentes, mais ainda, contraditórios: a democracia de um era a antidemocracia de outros."6.

A novel saída argumentativa para o mandado de injunção implica em seu crepúsculo dados os limites que quer ultrapassar, caindo no *nihilismo* passivo. Isto seria um mero diagnóstico profético, entretanto, aqui com Nietzsche, não nos contentamos com um *nihilismo passivo* (solução cética frente ao pluralismo de valores). Assim, o que se promove, a partir da reflexão, é a retomada e um terreno que *possibilite uma nova orientação da ação7*.

---

3 Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 21.

4 Jürgen Habermas. *Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos*. In Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC. Rio de Janeiro (17) ago/dez 2000, p. 190-208, p. 197.

5 Martin Heidegger. *Caminhos de Floresta*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 3.

6 *Europa y la idea de nacion.* Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 33-34.

7 Jürgen Habermas. *La Lógica de las Ciencias Sociales.* Madrid: Tecnos, 2002, p. 425.

Para encontramos uma nova perspectiva **(4)** teremos que trilhar caminhos desconstrutivos repletos de argumentos. E o que se espera dos contra-argumentos, que porventura vierem no futuro, é que tenham consistência teórica e não sejam de *base zero*, onde todo o conhecimento inicia-se a partir de quem o afirma. Deve-se, portanto, tratar inicialmente do conteúdo semântico-pragmático do mandado de injunção **(4.1)**; utilizar a teoria dos poderes implícitos como contra-argumento e como argumento novo **(4.2)**; fundar a premissa de que o mandado de injunção é ação de defesa da constituição e não de resolução de casos concretos **(4.3)**, o que nos exigirá demonstrar que *direitos individuais fundamentais* é conceito diverso de *direitos do indivíduo*, o qual possui feição subjetivista **(4.3.1)**. Feito isto pretendemos demonstrar que em Montesquieu realmente não existe um princípio da separação dos poderes **(4.4)**. Contudo, o *argumento montesquieuiano* é mais severo contra a pretensão do judiciário de atuar como legislador positivo **(4.4.1)**. Para um raciocínio também pragmático inseriremos argumentos amparados na diferenciação entre *separação de poderes* e *poderes separados* **(4.5)**. Por fim, demonstraremos que a *hermenêutica da criação esquece* casos concretos em que ela nega jurisdição a órgãos que não estão no capítulo constitucional do poder judiciário, fulcrada exatamente na separação dos poderes; e, não menos importante, a demonstração de sua contradição performativa, porquanto cria e, ao mesmo tempo, não tolera a criação hermenêutica na derivação do princípio da separação dos poderes a partir da obra de Montesquieu **(4.6)**.

Chegamos à parte construtiva do estudo. Primeiramente, faremos breve contextualização do mandado de injunção na doutrina e na jurisprudência **(5)**. A seguir, pretendemos demonstrar que nossa doutrina e jurisprudência não viram o mandado de injunção como potente instrumento de cidadania democrática **(6)**. Isto nos exigirá reconstruir o conceito de democracia a partir dos princípios da *solidariedade* de Jürgen Habermas e da *responsabilidade* de Hans Jonas. Tal reconstrução permitirá uma proposta para o mandado de injunção, como instrumento de defesa da constituição, com a demonstração de que ela é a saída que melhor realiza os critérios hermenêuticos da proporcionalidade e da ponderação **(7)**.

Como conclusão geral **(8)**, verificar-se-á que a recepção da Hermenêutica Filosófica tem claras vantagens, tal como a de por em evidência meros discursos que diziam perscrutar a vontade do legislador quando, em realidade, os elementos interpretativos eleitos traduzem a vontade do intérprete. Contudo, a recepção linear acaba por gerar efeitos perversos: a sobrecarga da legitimidade do Judiciário e o relativismo na aplicação do direito (pelos tribunais e cidadãos).

1. AS VIAS ESBURACADAS DA RECEPÇÃO DE HANS-GEORG GADAMER NO ÂMBITO DO DIREITO.

Afirma-se que Gadamer teria influenciado inúmeros autores no âmbito do Direito, entre eles W. Hassemer, E. D. Hirsch, J. Esser, K. Larenz, F. Müller,

Hruschka, G. Zaccaria, A. Plachy, F. Wicacker, M. R. Molinero, A. Ollero, M. Saavedra, G. Robles, N. López Calera, entre outros8. Vêm a Hermenêutica como a propulsora de um *direito judicial* em contraste com um *direito codificado ou legal*, ou seja, uma teoria dinâmica da interpretação e aplicação frente a uma teoria estática e autoritária do direito formal9. Entretanto, a hermenêutica de Gadamer não é um método, mas uma filosofia transcendental, no sentido em que designa as condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral. Também não é absoluta, não podendo fechar-se à teoria analítica ou à teoria da argumentação10. Isto faz com que ela permita que seus intérpretes tenham espaços para *criações ... e esquecimentos*.

Para os mencionados juristas, a objetividade consistiria em fazer concretizar a lei e em estar submetido à lei, ainda quando esteja em causa a tarefa de complementação produtiva do juiz11. Assim, Gadamer denotaria o que acontece, não o que deve acontecer na interpretação, portanto seu problema não seria normativo ou metodológico, mas sim fenomenológico. Afirma Antonio Fernández-Largo que é no Direito onde menos caberia a hipótese de uma interpretação puramente objetiva, vinculada ao sentido original da lei12.

Hassemer vai mais longe. Ao invés de falar-se em '*norma*', dever-se-ia falar em '*compreensão da norma pelo sujeito*', porquanto aí é que se dá o fenômeno jurídico13. Não haveria outra saída para a interpretação senão a de fazê-la de forma produtiva. A segurança jurídica consistiria em ter-se um ponto de partida igual para todos, a norma14. A compreensão sempre se daria entre a norma e o caso concreto, "não é, em conseqüência, legítimo culpar a hermenêutica jurídica de ser uma teoria do 'livre conhecimento do direito', eis que nela nunca se rompem os vínculos com o enunciado normativo"15. Entretanto, isto não é o que ocorre na prática, como demonstraremos mais adiante. A lei como ponto de partida é centrífugo, não funcionando de forma convergente como quer Gadamer (uma dupla normatividade).

Retornando aos intérpretes, haveria um ponto-de-partida anterior a qualquer outro? Marcos A. V. Diniz ressalta do pensamento de Gadamer a questão da interpretação como concretização16, porquanto é o momento em

---

8 Antonio Osuna Fernández-Largo. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer.* Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992, p. 9-10.

9 Antonio Osuna Fernández-Largo. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 10-11.

10 Arthur Kaufmann. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história,* p. 150.

11 Christiano José de Andrade. *A contribuição de Gadamer para a hermenêutica jurídica.* Em: *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo: APMP, ano II, n. 16, pp. 23-28, mar. 1998.

12 Antonio Osuna Fernández-Largo. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 66.

13 Antonio Osuna Fernández-Largo. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 93.

14 Christiano José de Andrade. *A contribuição de Gadamer para a hermenêutica jurídica*.

15 Antonio Osuna Fernández-Largo. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 100.

16 Marcos Augusto Vasconcelos Diniz. *Constituição e Hermenêutica Constitucional.* Belo

que a compreensão passa de um plano interno (do texto) para o plano externo (da realidade) a partir da situação concreta na qual se dá. Vê que tal idéia foi importada em Konrad Hesse, que desenvolve a interpretação constitucional a partir de um problema concreto17. O intérprete seria o mediador entre o texto constitucional (posto no passado) e as exigências de sua aplicação no presente18. Para Castanheira Neves, o Direito não pode ser assumido em uma perspectiva teorético-objetiva, porquanto ele é por essência "uma intenção normativa a realizar-se historicamente e em ato". Seria histórico porque seu tempo é o futuro e sua modelagem é a do presente19.

Para Kaufmann, "Radbruch também transcendeu o positivismo ortodoxo, ao declarar-se partidário da 'teoria objetivista da interpretação'. Segundo a teoria objetivista, não está em causa, pelo menos não exclusivamente, aquilo que o legislador histórico tenha, de fato, querido, mas sim o que a lei ou um legislador atual hipotético deve, razoavelmente, visar para esta situação concreta *hic et nunc*."20. Kaufmann constata que o sujeito que compreende insere-se no 'horizonte de compreensão' e não se limita a representar passivamente o objeto da compreensão na sua consciência, mas configura-o ao desempenhar na 'aplicação do direito' um papel ativo-configurador. Está condenada ao fracasso qualquer tentativa de separar, nas ciências da compreensão, a racionalidade da personalidade de quem compreende21. Para Kaufmann o conceito de suprassunção seria uma atividade tendente a sublimar, abolir ou anular22.

Karl Larenz23 afirma, por seu turno, que o problema fundamental de quem aplica a norma não é a *distância temporal* desta em relação ao momento de sua aplicação. O problema estaria na distância entre a necessária generalidade da norma e a especificidade do caso concreto24. Recanséns Siches25 também vê na aplicação o momento de perfazimento da norma, eis

---

Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 225.

17 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.176: segundo o autor, que atribui a teorização fundamental do método hermenêutico concretizador a Konrad Hesse, que teria desenvolvido um catálogo de tópicos de interpretação, tal método partiria da idéia de que a leitura do texto normativo parte da pré-compreensão de seu sentido pelo intérprete. É uma atividade prático-normativa, onde se dá um preenchimento de sentido juridicamente criador, no intuito de concretização da norma a partir de uma situação histórico-concreta e de um pensamento problematicamente orientado pelo texto e pelo contexto, com o primado do primeiro sobre o segundo (o que o diferencia do método tópico-problemático).

18 Marcos Augusto Vasconcelos Diniz. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*, p. 227.

19 A. C. Neves. *Questão-de-Facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica.* Coimbra: Almedina, 1967, p. 906-907.

20 Arthur Kaufmann. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história.* Arthur Kaufmann e W. Hassemer (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 142.

21 Arthur Kaufmann. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história,* p. 150-151.

22 Michael Inwood. *Dicionário Hegel*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 303.

23 In *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, 2a ed. Barcelona: Ariel, 1980, p. 201-202.

24 Veja-se que coloca em segundo plano o intrincado problema da subjetividade e da suspensão dos pré-conceitos.

25 In *La Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.* México: Porrua, 1979, p. 276.

que esta não está terminada quando sai das mãos do legislador. A aplicação seria o reviver concreto da norma, quando esta experimenta *modificações* para se ajustar ao novo. Assim, verifica-se um descolamento do texto não apenas das mãos de seu autor, mas de seu sentido literal26.

Neste sentido é que Friedrich Müller elabora teses inovadoras para o direito. A norma não é o texto do preceito jurídico, mas resulta do processo de concretização. Para provar sua tese formula os conceitos de programa normativo, âmbito normativo, norma jurídica e norma-decisão. O programa normativo dá-se na diversidade de sentidos semanticamente possíveis a partir do momento lingüístico posto no texto. O âmbito normativo é a porção da realidade social tomada em sua estrutura fundamental e que o programa normativo autoriza a recortar no domínio geral da regulamentação. Não é uma mera soma de fatos, mas sim uma sucessão de elementos de estrutura provindos da realidade social, conforme a perspectiva seletiva e avaliativa do programa normativo, ultrapassando, assim, a simples faticidade de uma porção da realidade extrajurídica, dada sua juridicidade (na sua configuração) e seletividade (a partir do programa normativo). A norma jurídica seria, portanto, o resultado do conjunto formado pelos dois elementos precedentes, permanecendo no campo da abstração, do que se diria, de uma pré-concretização. A norma-decisão é o resultado final do trabalho de individuação da norma geral ao caso concreto*27*. Como diz o autor, os *textos* de prescrições que encontramos nos jornais oficiais ou as compilações legislativas *não são normativos* porque são incapazes de levar a uma solução obrigatória do caso concreto. São os *dados iniciais* não (ainda) normativos do processo concretizador. O jurista submetido à lei e à Constituição é obrigado a introduzi-los *no início* desse processo, na medida em que ele os tenha por aplicados à espécie28.

A inovação de Müller estaria no conceito mesmo de norma enquanto modelo de ordem determinado pela realidade fática, mas que não é totalmente absorvido por ela. Como ressalta Marcos Diniz29, Paulo Bonavides e Böckenförde dizem que a intenção de Müller de admitir, no processo de concretização da norma, uma interveniência de uma pluralidade de elementos com relação aos quais pretende elaborar uma espécie de hierarquia de preferência, acaba por fragilizar sua tese. É que a louvável ampliação dos espaços materiais e fáticos que influenciam a interpretação da norma para além de seu aspecto literal, mitigada pelo *princípio da preferência*, estabelecendo uma escala hierárquica dos referidos elementos, acaba por deixar dúvida sobre estarmos diante de um método tópico-aberto ou normativo-limitado.

Essa característica aberta e ampla tem, de fato, evidentes

---

26 Antonio Osuna Fernández-Largo. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 79.

27 Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: PUF, 1996, p. 45-46 e 196-197 (tradução livre).

28 Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*, p. 186.

29 Marcos Augusto Vasconcelos Diniz. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*, p. 255.

conseqüências no mundo jurídico. A dialética proposta por Gadamer, ou seja, a problematização constante e sempre renovável dos casos postos a decidir, acaba por revelar algo surpreendente: o que antes se apresentava como resolvido, como normatizado, pode transmudar-se para o vislumbre de uma lacuna no sistema jurídico. Distante dos esquemas padronizados (os critérios pré-objetivados) é possível, sempre renovadamente, dar-se conta de facetas que tenham escapado da pré-visão regulamentada30. A espiral hermenêutica "quando reencontra uma faceta do problema já antes considerada a consegue compreender com outra largueza de vistas, uma vez que atingiu, entretanto, um 'miradouro' situado a uma cota de nível mais elevada"31. Tal conseqüência é resultado do abandono da acepção linear e monoestratificada em direção a uma compreensão espiralada intertextualmente pluriplanificada.

Isto nos remete ao problema da controlabilidade. Como reduzir o arbítrio de uma tópica aberta ou, ainda quando 'fechada', da eleição do preponderante (a ex. do *princípio da preferência* de Müller) e do que, na ponderação, deva mitigar a incidência de outros topos? Seguindo a problemática da controlabilidade e da legitimação, Margarida Camargo sustenta que no processo jurídico-decisório a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios e de certa forma sedimentados, o que possibilitaria conclusões *minimamente previsíveis32*, sendo este seu viés dogmático*33*. Para Michele Taruffo34, o verdadeiro problema não seria demonstrar que o juiz vá além do direito, eis que isto obviamente acontece. Segundo Molinero, os "pontos de vista diretivos que servem de guia e orientação preceptiva para levar a cabo a interpretação. De modo algum são métodos de interpretação. Como estes critérios deixam sempre abertas distintas possibilidades de interpretação, nem sempre conduzem a um resultado único."35.

Em Kant a dogmática seria um procedimento dogmático da razão pura, sem uma crítica prévia da sua própria capacidade. Já Gadamer faz sua hermenêutica sobre os alicerces de uma filosofia prática. Isto as diferencia de forma fundamental: enquanto a dogmática parte de pressupostos que assume como verdadeiros (sem dispor de provas para isso), a hermenêutica parte de pré-juízos que seriam submetidos a um procedimento de validação, porquanto

---

30 Fernando José Bronze. *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico.* Coimbra: Coimbra, 1994, p. 486.

31 Fernando José Bronze. *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, p. 489.

32 Veja-se a que ponto chegamos: o *minimamente* no direito. Entretanto, mesmo assim a afirmação da Prof.a. Margarida é otimista, porque mesmo no mundo da vida que compartilhamos, os elementos são escolhidos de acordo com a *forma de vida* que aplica o direito (monologicamente).

33 Margarida M. Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52.

34 In *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz.* Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, v. 355, pp. 101-118, mai./jun. 2001.

35 M. Rodriguez Molinero. *Introduccion a la Ciencia del Derecho*. Salamanca: Libreria Cervantes, 1993, p. 224.

são sempre postos em dúvida (em suspensão). Contudo esse caráter psicológico da aplicação do direito é exatamente o elemento *esquecido* pelos juristas, que, acostumados a formulação de métodos e esquemas, acabam dogmatizando a interpretação e da pior forma possível: a do obscurantismo dos pré-juízos. Mas se o homem histórico não aprende com seus erros, isto não ocorre por deficiências da filosofia de Gadamer.

2. A RECEPÇÃO ESQUECE ELEMENTOS CENTRAIS DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA E FRAGILIZA SEUS ALICERCES NORMATIVOS, AFETANDO TEORIAS COMO A DOS PRINCÍPIOS E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY.

José Lamego aponta o equívoco de uma recepção linear de Gadamer: "uma 'recepção' linear da hermenêutica de Gadamer acarretaria a indiferenciação de problemas específicos da interpretação jurídica dogmática, implicando a diluição da função normativa do ordenamento jurídico"36. Entretanto, verificamos que o problema não é a recepção linear (cuja ocorrência não se verifica), mas os *esquecimentos* que permitem *criações* que relativizam pontos centrais da filosofia gadameriana. Caso a seguinte observação de Gadamer não tivesse sido esquecida, talvez as questões poderiam ser mais bem trabalhadas: "*praxis* é comportar-se e atuar com solidariedade. Há uma frase de Heráclito, o filósofo 'que chora': o *logos* é comum a todos, porém os homens se comportam como se cada um tivesse sua razão particular. Isto tem que continuar?"37. O que será visto a partir daqui, como diz Grondin, não se trata de um novo método, nem de um anti-método, mas do acontecer do entender mesmo, em sua objetividade38.

Segundo Gadamer, a hermenêutica, e seu momento reflexivo inerente, torna aparentes as pré-compreensões que guiam as ciências, podendo liberá-las a novas dimensões, prestando um serviço indireto ao trabalho metodológico39. Para Gadamer, "esse fazer [pelo método] e esse esforço consistem em não entrar *arbitrariamente*, através de idéias que nos ocorram, ou lançando mão desta ou daquela idéia preconcebida, na necessidade imanente do pensamento."40. Há que se buscar um equilíbrio entre a obsessão das finalidades e a isenção. Tal equilíbrio só será possível se, em nosso *agir teleológico*, subsistir uma isenção de finalidades: "quem é capaz de distância a si próprio é capaz de abertura a *outrem"*41. São os preconceitos não

---

36 Hermenêutica e Jurisprudência: o alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de 'jurisprudência da valoração'. *Revista Jurídica – nova série. Lisboa: AAFDL, n. 6, p. 82, abr/jun 1986.*

37 Hans-Georg Gadamer. *A Razão na Época da Ciência.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

38 Jean Grondin. *Introducción a Gadamer.* Barcelona: Herder, 2003, p. 42.

39 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método II.* Petrópolis: Vozes, 2002, p. 289.

40 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I.* Petrópolis: Vozes, 1999, p. 672.

41 Hans-Georg Gadamer. *Elogio da Teoria.* Lisboa: Edições 70, 2001, p. 67.

percebidos42 os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição43. As opiniões prévias não podem emudecer o texto interpretado: "uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade"44. A hermenêutica da *criação ... e dos esquecimentos* toma o problema da arbitrariedade como fato, mas nada de consistente elabora ao menos para atenuá-la.

Quanto à *norma*, o objeto *interpretandum*, "o que importa é manter a vista atenta à coisa, através de todos os desvios a que se vê submetido constantemente o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorram"45. O problema estaria no *discurso com aparência de racional* (proposições logicamente desenvolvidas e a compatibilidade recíproca entre proposições em si racionalmente desenvolvidas). Deve-se ter cuidado em entender que as diversas acepções da norma significariam um mero especular. Em Gadamer o especulativo46 é o contrário do dogmatismo da experiência cotidiana47. É especulativo quem não se entrega direta e imediatamente à solidez dos fenômenos ou à determinação fixa do que se opina. Uma idéia é especulativa quando a relação que nela é enunciada não se deixa pensar como a atribuição inequívoca de uma propriedade à coisa dada, mas que tem de ser pensada como uma relação especular, na qual o próprio espelhar não é nada mais do que a pura aparência do refletido48. Para Gadamer: "deixar-se determinar pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma condição heróica, mas verdadeiramente a tarefa primeira, constante e última"49.

A *consciência histórica* recoloca o passado em seu contexto a fim de ver seu significado e o valor relativo que lhe são próprios. Entre a *objetividade da distância*, pensada historicamente, e a *pertença a uma tradição*, está, nesse entremeio, o verdadeiro lugar da hermenêutica: "sua tarefa não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais ela surge. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão,

---

42 Karl R. Popper e Konrad Lorenz. *O Futuro está Aberto.* Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 27: Konrad Lorenz explica esse fenômeno: "O saber adquirido é remetido para o subconsciente, a fim de aliviar o espírito experimentador, mas no entanto ficamos dependentes dele, já que este saber mecanizado desviado para o subconsciente é o pressuposto da liberdade de que fazemos uso 'superior'."

43 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 406.

44 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 405.

45 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 402.

46 Pierre Fruchon. *L'herméneutique de Gadamer.* Paris: Les Éditions du Cerf, 1994, p 515: Gadamer designa o especular como um contrário do dogmatismo metodológico da ciência moderna.

47 Manfredo de Oliveira, *Reviravolta Lingüístico-Pragmática.* São Paulo: Loyola, 1996, p. 244: o especulativo é precisamente isto: ser uma e a mesma e, ao mesmo tempo, uma outra, nesse sentido cada apropriação é uma nova criação da compreensão.

48 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 675.

49 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 402.

daqueles outros que a obstaculizam, os mal-entendidos."50. O *novo direito* não desenvolveu novos *métodos* e procedimentos de interpretação que tratassem desta questão, ficando a *criação* sem limites que não os derivados dos *cuidados* auto-impostos pelo intérprete. Dada a falta de cuidados específicos, acaba-se trocando o dogma da normatividade pelos dogmas inconscientes do intérprete. A interpretação mostra com clareza o que a compreensão é sempre: uma apropriação do que foi dito, de maneira que se converta em coisa própria. Esse 'converter em coisa própria' não é do sujeito, mas em relação ao 'mundo da vida'51.

Quanto ao suposto *primado do presente*, ao contrário, é preciso uma razão histórica, onde o indivíduo deve *dar ouvidos* e, principalmente, através da reflexão elevar-se por sobre seu momento histórico e adquirir uma consciência de época, onde época significa presente e passado em uma *unidade de sentido*. Afirma Gadamer que quando procuramos entender algum texto não nos deslocamos até a constituição psíquica do autor52, mas se quisermos falar em deslocar-se, o fazemos tendo em vista a perspectiva sob a qual o outro ganhou sua própria opinião. Procuramos fazer valer o direito objetivo do que o outro diz53. Com isso, acaba por criar a possibilidade de um conhecimento histórico objetivo54. Para Gadamer, somente aquilo que na repetição permanece idêntico é o que realmente estava posto na sua notação escrita, embora a leitura compreensiva não seja repetição de algo passado, mas participação em um sentido presente55. Ressalte-se que isto, aliado ao que foi visto acima, significa apenas a *presentificação da normatividade* e não a *normatização do presente* pelo juiz.

Ao contrário do visto acima na *hermenêutica da criação*, Gadamer eleva ao primeiro plano a 'distância do tempo'(embora reconheça que ela sozinha é incapaz de gerar a correção da interpretação56) e seu significado para a compreensão57. Neste processo se vão filtrando e eliminando fontes de erro, distorções do verdadeiro sentido. Isto se dá porque surgem, no tempo, novas fontes de compreensão que desnaturalizam relações de sentido insuspeitadas. A 'distância de tempo' faz com que preconceitos particulares feneçam e

---

50 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 442-443.

51 Hans-Georg Gadamer. *Mito y Razón.* Barcelona: Paidós, 1997, p. 67.

52 Maria Luísa Portocarrero Ferreira da Silva. *O Preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 177: aqui fica demonstrada a intenção de Gadamer de apartar-se do subjetivismo, porquanto o texto, enquanto objeto preferencial da hermenêutica, não deve ser entendido como expressão vital da subjetividade, pois já se destacou da contingência de sua origem e do seu autor.

53 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 437.

54 Richard E. Palmer. *Hermenêutica.* Lisboa: Edições 70, 1996, p. 56.

55 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 571.

56 Jean Grondin. *Introducción a Gadamer*, p. 144-145: a 'distância do tempo' seria insuficiente por duas razões: não ajuda na diferenciação dos pré-juízos em obras contemporâneas; e teria ela um fator encobridor, porque poder-se-ia consolidar as interpretações inadequadas. Entretanto, *freqüentemente* poderia ela possibilitar a diferenciação do legítimo e do ilegítimo.

57 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 443.

permite que aqueles que levam a uma compreensão correta venham à tona58. Esta universalidade59 purificada pelo tempo, como aspecto produtivo da temporalidade, realça uma nova espécie de pré-conceitos, os quais não são parciais, mas são *idéias diretrizes da compreensão verdadeira*60.

A compreensão do texto, ao contrário da artística, enquanto mediatizada lingüisticamente, não será independente, original ou uma criação autônoma. "A leitura é *suprassumida* na leitura do texto"61. Gadamer afirma que, como o movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo, a tarefa é ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério para a correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Quando não há tal concordância significa que a compreensão malogrou62. Entretanto é preciso entender bem o que significa *suprassunção*, termo que Gadamer toma emprestado de Hegel. O verbo *Aufhebung* pode significar tanto elevação como anulação ou preservação. Como visto acima, para Kaufmann a suprassunção significa anulação, o que leva a que "ambos os estados desapareçam inteiramente num terceiro e nenhum vestígio da divisão resta no todo que formam"63. Isto é fatal para qualquer normatividade que se quer minimamente estável. Suprassunção para a normatividade do direito só pode ser preservação, mas no sentido de removê-la da imediatidade, porque o mediatizado (ou refletido), em contraste com o imediato, é um momento do todo. Trata-se de unir os conceitos abstratos de Bem e de consciência moral subjetiva para formar uma identidade concreta: a moralidade objetiva64. É um ir e vir, onde o caráter objetivo reconhece que as determinações do real se fundam no universal. Como diz Gadamer, a lei é o que permanece no que desaparece65. O permanecer da lei se dá no processo de tensão entre concretização e transcendência.

O *círculo da compreensão* descreve um momento estrutural66

58 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 447.

59 Maria Luísa Portocarrero Ferreira da Silva. *O Preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*, p. 158: trata-se não de uma universalidade puramente teórica ou técnica das ciências na modernidade, mas da capacidade universal do homem de compreender e de dialogar.

60 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 68.

61 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica*, p. 11.

62 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 436.

63 Michael Inwood. *Dicionário Hegel*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 302.

64 G. W. Hegel. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 138.

65 Hans-Georg Gadamer. *La Dialética de Hegel.* Madrid: Catedra, 2005, p. 59.

66 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica*, p. 60-62: *Estrutura Circular da Compreensão* é "o círculo encerra em si uma autêntica possibilidade do conhecer mais original, que só apreendemos corretamente quando admitimos que toda interpretação tem por tarefa primeira e última não deixar que seus conhecimentos e concepções prévios se imponham pelo que se antecipa nas instituições e noções populares, mas assegurar o seu tema científico por um desdobramento de tais antecipações segundo as 'coisas mesmas'". Tais linhas descreveriam o processo de interpretação pautado na compreensão cuja medida é a 'coisa mesma'. Este seria o *sentido ontologicamente positivo* do círculo hermenêutico. A compreensão fiel do sentido de um texto não seria apenas um desejo, mas a tarefa

ontológico da compreensão67, momento este que insere uma 'concepção prévia da perfeição', que significa que só é considerado compreendido aquilo que apresenta uma unidade perfeita, sem contradições. "O círculo, segundo Gadamer, descreve mais bem um processo constante de revisão, mais ainda, uma regra imanente de toda interpretação: há que se elaborar projetos que se aproximem mais da coerência do *interpretandum*"68. O centro do círculo cairia na revisão das hipóteses provisórias do entender, havendo, por conseguinte, algo de *trial-and-error*. Friedrich Müller, ao contrário, formula círculos centrífugos e não concêntricos, sobre os quais o proceder hermenêutico vá e volte em direção à norma. O objetivo último da propriedade (*justesse*) seria um extinguir-se na auto-evidência do sentido (*Verständnis*) do texto.

Verifique-se como a questão *semântica* é importante para Gadamer. A linguagem é o fator possibilitador da Hermenêutica, ela é histórica e representa um consenso prévio. O *mundo circundante* é um conceito que exprime a dependência do indivíduo com o mundo social. Dependência porque este mundo é constituído lingüisticamente. Paradoxalmente, ter linguagem é ter mundo, o que significa a liberdade em face dele: "o homem está capacitado a elevar-se sempre acima de seu mundo circundante *casual*69. O jogo suspende a substancialidade egóide do sujeito e a linguagem tem como característica elevar o sujeito acima de sua parcialidade70. Para Gadamer, "a multiplicidade de palavras não significa, de modo algum, que em cada palavra exista uma deficiência que pudesse ser superada, na medida em que não expressa de maneira perfeita aquilo a que o espírito intenciona"71. A experiência hermenêutica precisa de um *medium* que a objetive e este é a linguagem72. Compreender é pôr-se de acordo73 e a linguagem é o meio em que se realiza o acordo sobre a coisa74. O problema hermenêutico é um problema do correto acordo sobre um assunto, que ocorre no *medium* da linguagem75. O que vale nas perspectivas implícitas do uso lingüístico, vale ainda mais para nossas antecipações em relação ao conteúdo de um texto. Tais antecipações

---

primeira da interpretação. Neste sentido, o círculo seria um programa de interpretação a que se deve deter o intérprete, "a despeito de erros que possa cometer no curso de suas investigações".

67 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 440.

68 Jean Grondin. *Introducción a Gadamer*, p. 133.

69 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I,* p. 644-645.

70 Maria Luísa P. Ferreira da Silva. *O Preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*, p. 188.

71 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I,* p. 618.

72 Para Susan J. Hekman, in *Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento.* Lisboa: Edições 70, 1990, p. 145: a linguagem é a chave da questão para a compreensão de todas as outras questões postas por Gadamer.

73 Jean Grondin. *Introducción a Gadamer*, p. 98: tal versão do entender tem gerado muitas compreensões errôneas, porquanto, caso se veja esse '*por de acordo'* como radical, poder-se dizer que entender algo que disse Hitler seria colocar-se de acordo com ele.

74 Susan J. Hekman, in *Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento*, p. 168: a posição de Gadamer sobre a linguagem e a ontologia fornece-lhe também uma perspectiva sobre duas questões intimamente relacionadas com a da objetividade: a realidade e a verdade.

75 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 561.

determinam *positivamente* a pré-compreensão76.

O auto-desvanecer é irreal e não é objetivo77. Trata-se de apreender simplesmente o sentido e o valor intrínseco dos argumentos apresentados. “O sentido da investigação hermenêutica é revelar o milagre da compreensão, e não a misteriosa comunicação entre as almas. Compreender é o participar de uma perspectiva comum.”78. Nesta acepção pode-se dizer que o significado vem determinado pelo contexto, portanto, só se compreende quando se compreende totalmente. Destarte, “é sabido como o texto obtém um significado novo quanto o entorno que forma o contexto se ordena de novo”79. Eis aí um problema de objetivação, mas não impediente de sua possibilidade. Nesses contextos é que se devem ler termos como *injuction*. Para determinar com exatidão o conteúdo da lei não se pode prescindir de um conhecimento histórico80 do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato do legislador. Não se trata de sujeitar-se a protocolos parlamentares, mas se deve admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei81, mas não reescrever a lei.

O bom e o justo, por absoluta necessidade para suas realizações, escapam de toda relativização antropocêntrica e só podem ser alcançados quando se cumpre o objetivo do diálogo: abstração das vontades individuais em prol de uma verdade autônoma e comum82. A sentença deveria surgir de uma ponderação justa do conjunto, a qual pode ser repetida por aquela pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação. Não seria arbitrária porque existiria “segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, pode-se ter uma idéia daquilo a que nos atemos ... predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes”. Como uma ordem judicial é uma pertença à lei, “é possível conceber uma ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica

---

76 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica*, p. 62.

77 Jean Grondin. *Introducción a Gadamer*, p. 228.

78 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica*, p. 59.

79 Hans-Georg Gadamer. *El Giro Hermenéutico.* Madrid: Cátedra, 1995, p. 104.

80 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica*, p. 49-56: para Aristóteles o *conhecimento histórico* é também um momento essencial do comportamento ético e este não é um conhecimento ‘objetivo’. É um saber prático voltado a uma situação concreta. Aqui apresenta-se um problema: aplica-se algo que se possui, mas o saber ético não é nossa propriedade, eis que o justo é relativo a uma situação ética em que nos encontramos. Também não é certo que o correto, justo, seja o que está na lei, porquanto, conforme Aristóteles, deve-se fazer uma *Epieikeia* (equidade), retificação e acomodação da lei, que é geral e não contém a complexidade do caso particular. Uma lei é sempre insuficiente não porque seja imperfeita, mas porque o mundo, em ação, é sempre imperfeito em relação a ordem projetada pela lei. O saber ético, para uma aplicação perfeita, é, portanto, aquele que engloba o conhecimento de meios e de fins, não sendo objeto de uso dogmático. Compreensão é uma questão de pertencimento, de um ‘saber para o outro’, mas que exige uma ‘saber para si’, um momento de reflexão ética.

81 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 485.

82 Maria Luísa P. Ferreira da Silva. *O Preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*, p. 190-191.

realizada”83. Não se pratica a chamada subsunção em função da dupla normatividade: das leis e da moral, a qual traspassa a primeira para atualizá-la em seu sentido, jamais para negar a normatividade. A *condição de solidariedade*84 é um elemento comum e que deve estar supraentendido para tornar possível a tomada de decisão que todos consideram boa no âmbito da vida moral85.

Para Gadamer o pragmatismo é insuficiente, porque deixa de lado as chamadas perguntas filosóficas e metafísicas, eis que a única coisa que importa é o “saber virar-se” em uma situação. Gadamer rejeita a recusa de todo lastro dogmático da tradição para avançar nesta questão86. Com o abandono da deontologia por uma ontologia (o direito como concreção) confundiu-se a filosofia gadameriana. O que Gadamer rejeita é o conceito negativo de positividade, tal como em Hegel. Nele as leis, a religião, etc., têm como necessidade um reconhecimento interno cego, o que se exige é a mera obediência87. A partir desse discurso Gadamer faz a exata diferenciação entre validez positiva (puramente externa) e da validez real88 (compreensiva), porquanto aquela se dá pela mera imposição, enquanto esta se realiza pelo reconhecimento interno de um espírito vivo da norma89. A imposição da validez positiva se dá pela imposição de pré-juizos como nossos através da coerção social, política e educacional. A validez completa só se alcança com a compreensão: “a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias.”90.

Ficaram com importância reduzida, ou são objeto de abusos e *esquecimentos* diversos, a semântica e a ‘distância do tempo’, onde se vão filtrando e eliminando fontes de erro. Há que se buscar um equilíbrio entre a obsessão das finalidades e a isenção. Importa dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade. Caso contrário, acaba-se trocando o dogma da normatividade pelos dogmas inconscientes do intérprete. A correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. A presentificação da norma para permitir sua concreção revela a *dupla normatividade*: das leis e da moral, a qual traspassa a primeira para atualizá-la em seu sentido. Por isso o pragmatismo é insuficiente porque é apenas o “saber virar-se” em uma situação.

---

83 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 490.

84 Hans-Georg Gadamer. *El Giro Hermenéutico*, p. 184.

85 Hans-Georg Gadamer. *El Giro Hermenéutico*, p. 185.

86 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método II*, p. 68.

87 Hans-Georg Gadamer. *A Razão na Época da Ciência*, p. 37.

88 Pierre Fruchon. *L’herméneutique de Gadamer*, p. 504 e s: a verdade seria dada pela *autoridade do juízo* (*autorité du sens*), porquanto os ‘prés’ foram validados/não validados e foram objeto de um entendimento (‘prés’ postos à prova e acrescidos em um dialógica aberta à opinião do outro – que pode ter razão).

89 Hans-Georg Gadamer. *A Razão na Época da Ciência*, p. 37.

90 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, I,* p. 403.

Ora, justamente a descoberta central de Gadamer (a ineliminável subjetividade, onde verdade não é fruto do método, mas de um processo de compreensão que busca o descentramento) foi pouco trabalhada na sua recepção no âmbito do direito, deixando livre o subjetivismo monológico e, conseqüentemente, pondo em risco a normatividade, a qual fica à mercê da *criação ... e dos esquecimentos*. Isto será comprovado no presente estudo.

Por ora demonstremos sinteticamente que críticas a teorias que têm base normativa, como a de Robert Alexy, deveriam ser endereçadas aos que colocam a norma com mero *topos* sem substância. Enfrenta Alexy um problema esquecido por muitos que apenas se preocuparam em inserir elementos no sistema aberto do direito, sem prestarem atenção que com isto criavam uma liberdade interpretativa que punha em risco a própria justiça. Para ele uma teoria da argumentação torna o processo controlável metodologicamente, feito dentro de limites normativos, reduzindo o caráter determinante da vontade do magistrado91, bem como reconhece que a resolução de todos os casos jurídicos não se dá pelo uso puro da lógica, dada a insuficiência das normas positivas, notadamente pela indefinição da linguagem jurídica, de imprecisão do método jurídico e a impossibilidade de prever todos os casos possíveis92. Respeita as normas jurídicas ao reconhecer que o discurso jurídico só se fundamenta se alicerçado racionalmente na moldura jurídica vigente, muito embora se possam buscar argumentos fora dela93. Em seu método procura estabelecer regras diversas, entre elas dá maior relevo à semântica (texto literal da lei) e à genética (vontade do legislador histórico)94. Traz ao debate a questão da dificuldade de se estabelecer uma "teoria forte dos princípios" (contendo todos os princípios e suas relações de prioridade abstratas e concretas), propondo o estabelecimento de uma *teoria fraca dos princípios*, o que permitiria uma regra mínima de conduta do intérprete. Muitas críticas são feitas à teoria de Alexy, entre elas o ataque formulado por Weinberger sobre a utilidade do referido método como critério de verdade ou de correção de enunciados, eis que opiniões subjetivas não o garantem, mas sim a validade e correção dos argumentos95. Outra crítica endereçada a Alexy é originada da possibilidade dada pelo autor da realização de seu método de forma hipotética. Tal solução, além de subverter o método ao monólogo, perde sua característica essencial, que é a possibilidade de controle da atividade intelectiva do intérprete.

---

91 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.* São Paulo: Landy, 2001, p. 34.

92 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 268.

93 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 226.

94 Entretanto, a compreensão de Alexy sobre o tema é explicável a partir da própria influência que Habermas nele exerceu. A norma produzida a partir da discursividade ganha tal legitimidade que não pode ser desprezada. A discursividade não é outra coisa que o processo de debates na formação da norma, os quais a informam e, por isso, devem ser observados nos atos de interpretação e de aplicação.

95 Manuel Atienza. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica.* Landy, São Paulo, 2002, p. 271-272.

A estas críticas Alexy responde que "o resultado do discurso não é só relativo nem só objetivo. É relativo na medida em que está condicionado pelas peculiaridades dos participantes e é objetivo na medida em que depende das regras. Desta maneira, a teoria do discurso evita tanto as debilidades das teorias morais relativistas como as das teorias morais objetivistas"96. Ocorre que, como visto acima, a parte normativa foi debilitada, enquanto a parte subjetiva não foi adequadamente trabalhada pelos que traduziram a hermenêutica gadameriana para o Direito.

3. BREVE CONCLUSÃO CRÍTICA, TOMANDO COMO FUNDAMENTOS ARGUMENTOS DE HABERMAS E DE INGEBORG MAUS.

Parece falacioso o velho brocardo, positivado em nosso direito, de que a ninguém é dado alegar desconhecer a lei para se furtar ao seu cumprimento. A segurança jurídica assim o recomenda. Entretanto, não há no direito a vedação de que a ninguém seria dado alegar não compreender a lei. Isto porque, como diz Maria Lúcia Luz Leiria97, quanto maior o grupo, mais complexa a comunicação e mais difícil o entendimento. A linguagem da Ciência do Direito, como linguagem técnica, abrevia a linguagem natural em termos técnicos (abreviaturas). Neste sentido, o entendimento do direito exigiria que emissor e receptor conheçam a linguagem utilizada. Portanto, a *hermenêutica da criação ... e dos esquecimentos* acaba por influir na questão da imputabilidade de forma severa. Não podem *esquecer* tal (d)efeito.

Está-se diante de uma realidade construtiva do direito a partir de sua interpretação, em especial no âmbito de sua aplicação judicial, a qual não se limita mais ao suprimento de lacunas e à integração do direito98: "por isso, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu o 'princípio da ação recíproca'; cada elemento isolado da ordem jurídica pode, no seu todo e de acordo com o contexto, ser interpretado de modo diferente, a partir da compreensão da 'ordem axiológica da lei constitucional'. A partir desta antecipação, guiada por princípios, no sentido reconstruído do todo, estabelece-se, não a nível do conteúdo dos diplomas, mas sim metodicamente, uma bigradação entre ordem legal e princípios legitimadores. Esta tem como conseqüência, uma insegurança jurídica considerável."99. A constatação de Habermas é radicalizada por Ingeborg Maus. Para ela, a introdução de pontos de vista morais e de 'valores' na jurisprudência confere-lhe "maior grau de legitimação", imunizando-a e descolando-a da vontade popular (enquanto definidora das

96 Robert Alexy. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 2002, p. 81.

97 In *O reconhecimento da prescrição intercorrente como resultado de uma nova postura hermenêutica: o art. 40 da LEF, a suspensão da execução e a prescrição intercorrente. Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre: TRF 4a Região, n. 44, pp. 57-90, ano 13.

98 Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'*. São Paulo: Cebrap. Revista Novos Estudo 58, novembro 2000, p. 197: nada mais antigo e ofensivo que isto. "Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: 'o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo.".

99 Jürgen Habermas. *Direito e Moral.* Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 49.

normas – agora sem conteúdo - a partir de um procedimento democrático). A menção a princípios superiores leva a se decidir o caso concreto de forma inusitada100.

Habermas desenvolve uma crítica sobre o direito criado pelos juízes, o qual forma uma espécie de legislação implícita e acaba por atentar contra o princípio da separação dos poderes, pondo em risco a racionalidade do exercício do direito e sobrecarregando a base de legitimação do Poder Judiciário. “Os estudiosos que se orientem no nível do juízo moral guiado por princípios têm que analisar um dilema como este desde dois pontos de vista diferentes: por um lado, na função de legislador que examina imparcialmente qual modo de atuar, considerado como uma *praxis* universal, merece aquiescência; por outro lado, na função de juiz que tem que aplicar imparcialmente princípios e regras válidos a um caso concreto.”101

Entretanto, a insegurança deveria ser compensada por uma *argumentação moral procedimentalizada* onde “todos os indivíduos possivelmente atingidos poderiam participar como livres e iguais em uma procura cooperativa da verdade, na qual somente a coesão no melhor argumento teria a possibilidade de vencer”102. Um *judicialismo* enfrentaria o problema de que “nas instituições do Estado democrático de direito se materializa a desconfiança frente à razão falível e a natureza corrompível do ser humano. Esta desconfiança é superior aos controles e contrapesos que possam ser institucionalizados.”103. Não se pode colocar a realização da democracia e dos direitos humanos sob a primazia do judiciário. Isto retira a harmonia e o equilíbrio em uma sociedade complexa. “A hermenêutica jurídica desempenha função essencial no Direito. Porém, quando mal utilizada, a Hermenêutica Jurídica transforma-se em um dos maiores instrumentos de dominação e poder já existente no mundo político-jurídico, servindo aos governos despóticos e políticos sofistas para justificarem suas dominações e opressões.”104.

Caberia aqui uma questão: quanto à definição do texto da norma, poder-se-ia considerar dada a legitimação pela mera mutação do argumento no conceito de norma? Aqui, poder-se-ia lançar uma crítica a F. Müller. Para tanto pode-se dizer que o texto como ponto de partida é meramente ficcional. Como

---

100 Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’.* São Paulo: Cebrap. Revista Novos Estudo 58, novembro 2000, p. 189 e 191: “questões de pouca importância relativa, motivaram o Tribunal a discutir sua própria competência e métodos de interpretação constitucional, menosprezando qualquer limitação constitucional. O TFC firmou austeramente que seus parâmetros de controle de constitucionalidade de leis não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar seus horizontes”.

101 Jürgen Habermas. *Aclaraciones a la Ética del Discurso.* Madrid: Trotta, 2000, p. 81.

102 Jürgen Habermas. *Direito e Moral*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 57.

103 Jürgen Habermas. *La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de Derecho*. In Ensayos políticos. Barcelona: Península, 2002, p. 83.

104 Rodrigo Andreotti Musetti. *A Hermenêutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino. Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília: CFJ, n. 7, abr. 1999, p. 151-155.

diz Ingebor Maus, um método de aplicação do direito onde "as leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial"105 faz quase desaparecer o condicionamento legal-normativo da Justiça sob orientações teleológicas, valorativas, etc. Em Gadamer verifica-se que o texto se apresenta à compreensão no contexto da interpretação e se torna realidade nessa mesma interpretação. Não seria suficiente a simples aparição do texto como ponto de referência fixo frente à problematicidade, arbitrariedade ou pluralidade de possibilidades interpretativas, porquanto a pergunta que fazemos ao texto não é isenta de pré-suposições e pré-conceitos, ou melhor, a pergunta busca a confirmação de nossas próprias pré-suposições106.

Os operadores do direito são incapazes de definir comportamentos futuros, ou melhor, de interpretar esses comportamentos. Traz-se à lume alerta de Habermas no sentido de que: "no caso de uma colisão [de valores materiais] todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. Na medida em que se adota a teoria da ordem de valores e a toma como base de sua prática decisão, cresce o perigo de juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos *funcionalistas* prevalecem sobre os normativos."107. Para Ingeborg Maus, "tais imperativos funcionais penetram na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão ... A transformação da Constituição em uma 'ordem de valores' confere às determinações constitucionais individuais uma imprecisão tal que é capaz de suprir a ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados ... que não encontram no texto constitucional nenhum apoio"108.

Isto revela a atenção que Habermas dá a *segurança jurídica*, embora afirme que ela não se deve absolutizar. Tal princípio seria uma contribuição imanente ao direito109, sendo instituída em deferência à própria legitimidade da ordem jurídica110. Os cidadãos devem poder pautar-se no direito como

---

105 Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'.* São Paulo: Cebrap. Revista Novos Estudo 58, novembro 2000, p. 193.

106 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, II*, p. 392.

107 Jürgen Habermas. *Direito de Democracia: entre facticidade e validade*, II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321-322.

108 Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'.* São Paulo: Cebrap. Revista Novos Estudo 58, novembro 2000, p. 200.

109 Flávio Beno Siebeneichler. *Uma Filosofia do Direito Procedimental.* Revista Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, n. 138, pp. 153-172, jul./set. 1999, p. 157-160: para Habermas o direito racional é positivado (*desencantado*) no decorrer da história. Isto recomendaria, para fins de estudos de legitimação do direito, que se levasse em conta este longo caminho. A reconstrução do processo de desencantamento do direito revelou a Habermas que o direito moderno configurava-se a partir de um sistema de normas positivas e obrigatórias. Tal positividade e obrigatoriedade vinham associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existia a expectativa de que as normas podiam resguardar a autonomia dos sujeitos de direito. Essa autonomia dos cidadãos coincidia com a vontade livre de pessoas morais."

110 Jürgen Habermas. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política.* São Paulo: Loyola, 2002, p. 353.

uma *medida de previsibilidade*. Diante da abertura da textura da norma ao contexto (*topoi*), cuja eleição se dá pelo intérprete, a figura da Lei como "pré-juízo dogmático fundamental", não garante a igualdade, porque esta condição estaria na submissão prática de todos os membros a algo carente de sentido. O sentido seria dado a posteriori, na aplicação111. Portanto, a mera redefinição do conceito de norma não garante legitimidade e validez a decisões judiciais típicas de legislador positivo. Ressalte-se que quando se trabalha com o mundo da vida *às espaldas* assevera-se a questão das preferências. Como afirma Habermas, ao deparar-se com um problema a resolver o juiz molda "o fragmento do mundo da vida relevante para a situação"112 e somente esses *limitados fragmentos* constituem o contexto para a reflexão. Assim, "desde a perspectiva centrada na situação, o mundo da vida aparece como um depósito de autoevidências ou de convicções inquestionadas"113. Somente no processo dialógico é que elas tornam-se carentes de justificação. Esta é uma típica interpretação do mundo com motivação pragmática e, portanto, "a situação só precisa ser definida no grau *necessário* para dominá-la"114 e esse *necessário* está limitado pelo *acervo de saber de que um ator já dispõe*. E citando Parsons fala Habermas: "a sociedade civil moderna exige um nível ainda mais elevado de generalização de valores. ... a obediência abstrata ao direito é a única condição normativa que o ator há que cumprir nos âmbitos de ação formalmente organizados"115. Este diagnóstico leva Habermas a, pela democracia, eleger a razão comunicativa, orientada ao entendimento, e o processo discursivo como elementos essenciais para a resolução de conflitos de forma racional. Para Habermas, "a indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios*116* só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida117 e do direito"118. Caso o direito queira algo mais que a mera aparência de autonomia sistêmica (de procedimentos e normas coativamente institucionalizados), deve inserir uma racionalidade moral do procedimento119, porquanto não existe direito autônomo sem uma

111 Maria Luísa P. Ferreira da Silva. *O Preconceito em H.-G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*, p. 325.

112 Jürgen Habermas. Teoría de la Acción Comunicativa, II. Madrid: Taurus, 2003, p. 175.

113 Jürgen Habermas. Teoría de la Acción Comunicativa, II. Madrid: Taurus, 2003, p. 176.

114 Jürgen Habermas. Teoría de la Acción Comunicativa, II, p. 182.

115 Jürgen Habermas. Teoría de la Acción Comunicativa, II, p. 254.

116 Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 259-260: Dworkin afirmou que a hermenêutica jurídica tem necessidade de um ponto de referência que ultrapassa a tradição jurídica: "Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: metodicamente, lançando mão do processo de interpretação construtiva; e conteudisticamente, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente."

117 Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, I, p. 252.

118 Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, I, p. 248.

119 Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, I, p. 292: "pois, do mesmo modo que os processos democráticos no âmbito da legislação, assim também as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximativamente."

democracia realizada120. Tal recomendação torna-se mais necessária quando se verifica que "a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação"121.

4. CAMINHOS DESCONSTRUTIVOS CRÍTICOS EM DIREÇÃO A UMA NOVA PERSPECTIVA.

Primeiramente a omissão de que trataremos aqui é a do Legislativo enquanto Poder. As outras omissões, quaisquer que sejam, têm natureza administrativa. Portanto, naturezas distintas têm soluções distintas. De outra, a natureza do *status* da jurisdição também traz diferenças importantes. A abstração será tanto menor quanto menor o grau de jurisdição122. Isto faz com que nossa construção seja dirigida essencialmente para o Supremo Tribunal Federal123.

Outro esclarecimento. Tratamos de mandado de injunção por omissão de lei em sentido estrito e que impede o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Portanto, não se trata da invasão de direitos por ação de autoridade que atua na ausência de norma legal, tal como na aplicação pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha do princípio da *subordinação especial à autoridade*, quando permitiu que normas administrativas tivessem aplicação temporária enquanto a lei de execução penal não fosse editada124.

Uma última informação introdutória. Usamos, em regra, para fins de comprovação dos efeitos da *hermenêutica da criação* o voto da relatoria do MI 712/STF. O seguinte excerto do voto torna dispensável qualquer aprofundamento sobre nossa catalogação do mesmo na escola hermenêutica referenciada: "lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a

120 Jürgen Habermas. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 121.

121 Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'*. São Paulo: Cebrap. Revista Novos Estudo 58, novembro 2000, p. 186.

122 Por exemplo, a falta de uma portaria de Secretário de Saúde de Município, que tenha como objeto o estabelecimento de lista de medicamentos para portadores de determinada doença. Aqui um mandado de injunção terá como beneficiários especificamente os portadores da patologia determinada e para aquele município.

123 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 316: também pela constatação do autor: a distribuição das competências para processar e julgar os MI's carecem de harmonia entre si e nem sequer estão organizadas sistematicamente.

124 BVERFGE 33, 1. Decisão em 14/03/1972

transformar textos ... em normas"125.

4.1. O CONTEÚDO SEMÂNTICO-PRAGMÁTICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.

A semiótica contemporânea parte de E. Morris, onde se ultrapassa o conceito anterior ligado a signo, para incluir três dimensões à semiose: semântica, que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem; a pragmática, que considera a relação dos signos com os intérpretes; e a sintática, que considera a relação formal dos signos entre si126.

Esclareça-se que a forma de exposição do raciocínio do MI 712 – que pode ser melhor vista no (4.4) deste estudo - na verdade desemboca em uma tarefa lexicológica127 de aproximar conteudisticamente seu pensamento do conteúdo semântico do mandado de injunção.

Importante ressaltar que Habermas, assim como Gadamer, considera impossível livrar o conhecimento humano de ingredientes subjetivos e de mediações intersubjetivas, ou seja, de interesses práticos e da influência da linguagem128. Entretanto, como ele afirma, isto não leva a negação da verdade e da objetividade: "ao enfrentar-se problemas, devemos pressupor, tanto no discurso, como na ação, um mundo objetivo que não é resultado de nossa própria ação. O mundo deveria ser concebido como a totalidade de objetos, não como a totalidade dos fatos, os quais dependem da linguagem. A este conceito semântico do mundo como um sistema de referências possíveis corresponde o conceito epistemológico de mundo como a totalidade das coações implícitas impostas sobre nossas diversas formas de conhecer o que sucede no mundo."129. A *liberdade comunicativa orientada para o consenso* estabelece a prática argumentativa e nos envolve em um laço social, que se dá em um *mundo da vida*130, o qual se divide em cultura (arsenal de saber),

---

125 Voto do Relator do MI 712/PA – Supremo Tribunal Federal.

126 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 870.

127 Dicionário Hauiss de Língua Portuguesa: "parte da lingüística que estuda o vocábulo quanto ao seu significado, constituição mórfica e variações flexionais, sua classificação formal ou semântica em relação a outros vocábulos da mesma língua, ou comparados com os de outra língua, em perspectiva sincrônica ou diacrônica; lexiologia".

128 Jürgen Habermas. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 21: aponta Lúcia Aragão uma interessante questão da função da linguagem na teoria habermasiana: "os sujeitos, embora pertencentes a um mundo que lhes dá um horizonte de significados já constituídos simbolicamente, usam sua capacidade de aprendizagem para construir um novo sentido para o mundo. Sem esta segunda dimensão, a linguagem é apenas veiculadora do seu enraizamento social, institucional, faltando-lhe exatamente as condições para que possa servir de endereço da liberdade. Aqui se percebe a importância dos sujeitos racionais, ou melhor, da intersubjetividade, fruto dos acordos racionais, por sua vez oriundos dos processos internos ao tribunal do discurso racional, como personagem central desta conquista da liberdade.". Neste *novo contexto* não se pode conviver com a monologia monadológica.

129 Jürgen Habermas. *La Ética del Discurso y la Cuestión de la Verdad.* Barcelona: Paidós, 2003, p. 78.

130 Lúcia Maria de Carvalho Aragão. *Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen*

sociedade e pessoa (ou personalidade, que é formada pelas competências adquiridas que tornam um sujeito capaz de agir e falar). “A reprodução cultural assegura que as situações que aparecem de novo (na dimensão *semântica*) sejam associadas a situações vigentes no mundo: ela assegura a continuidade da transmissão cultural e uma coerência do saber suficiente para a necessidade de compreensão mutuada *praxis* cotidiana.”131

Por isso Günther faz uma variação a partir de uma concepção de ‘U’ frente o princípio semântico moral, porquanto este pressuporia a hipótese de que a norma possa ser aplicada em situações diferentes, mas suficientemente semelhantes. Tais situações são diferentes porque informadas por interpretações e tradições de mudam no tempo e que influenciam os interesses individuais132. Em outras palavras, na resolução dos casos concretos o sentido de ‘U’ como um princípio de fundamentação deve ser complementado por discursos de aplicação133 que consigam desnudar os interesses individuais para permitir a formação de um interesse comum esclarecido134. “A aplicação imparcial de normas obriga a preocupação com as circunstâncias especiais de uma situação e a avaliá-la à luz de *pontos de vista normativos concorrentes*”135. Isto leva à inevitável relativização das normas, mas esta “**relativização só é possível no nível pós-convencional**, porque só nesse nível validade e adequação situacional podem ser separadas uma da outra. É por esse motivo que se **confundem níveis diferentes**, quando normas pós-convencionalmente fundamentadas foram aplicadas nas situações como normas convencionais, sem que as circunstâncias especiais sejam

---

Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 46: esclarece a autora que: “o mundo-da-vida não permite ser referido como ‘algo intersubjetivo’, da mesma forma que os participantes podem referir-se a fatos, normas ou experiências, porque, como intérpretes, pertencem ao mundo-da-vida e não podem passar fora dele; estão sempre movendo dentro do horizonte de seus respectivos mundos-da-vida. São as estruturas do mundo-da-vida que dispõem as formas de intersubjetividade do entendimento possível; é a elas que os participantes da comunicação devem suas posições extramundanas em relação aos assuntos mundanos internos sobre os quais eles podem chegar a um entendimento.”

131 Jürgen Habermas. *O Discurso Filosófico da Modernidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 315.

132 Klaus Günther. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação.* São Paulo: Landy, 2004, p. 62: a importância dos interesses individuais é anotada pelo autor: “a essência propriamente dita do princípio da universalização potencial como um princípio moral pós-metafísico é que importam os interesses de cada um, individualmente. Em lugar de fazer com que a validade da norma dependa de critérios isentos de interesses, fixados em uma generalidade supra-subjetiva e definida especificamente de um modo qualquer, pretende-se considerar tão-somente os interesses daquela pessoa que for afetada pela norma. A partir da multiplicidade dos diversos interesses, eventualmente conflitantes entre si, acometidos pelas conseqüências de uma norma carecedora de justificativa, será necessário que primeiro seja constituído um interesse comum. Enquanto isso, a contraposição ‘interesses de cada indivíduo’ *versus* ‘aceitação em um conjunto por todos os atingidos’ garantirá que não sejam decisivos os interesses da maioria ou de um determinado grupo, mas que cada indivíduo se coloque na perspectiva de cada um dos demais, a fim de poder dimensionar a intensidade dos interesses afetados. Em virtude dessa condição, não é possível aplicar ‘U’ de forma monológica, mas apenas em discursos práticos nos quais cada participante tem o direito de expor as suas necessidades.”

133 Klaus Günther. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 56-57.

134 Klaus Günther. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 79-80.

135 Klaus Günther. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 114.

consideradas"136. O efeito disso é que, da mesma forma que nos processos de mutação de códigos e de campos semânticos, interpretações com caráter normativo e legiferante a partir de incompreensões de dispositivos constitucionais levam antes a confusões e a *criações*137.

Olhando para a questão concreta do mandado de injunção, primeiramente verifica-se que não se pode fazer qualquer correlação semântica do conceito da *injunction* inglesa com a injunção brasileira. Lá é o sistema da *common law138*, aqui é o do direito positivo139. Reduzir o conceito da mandado de injunção à vontade, ainda que pura, do intérprete é fazer retornar o conceito de *writ* ao do inglês arcaico140 (antes dos anos 900). Entretanto, o conteúdo hodierno da injunção, da *injunction*, da *injonction*, da *injunctio*, da *ingiunzione* ou da *die Anordnung* é o mesmo, ou seja, ordenar, encarregar, impor, injunção de fazer141. Não se pode compreendê-la como mero comunicado, aviso, anuncio porque vem acompanhado do termo *mandado*. Portanto, trata-se de *mandar fazer142* e não *fazer por*.

Não há qualquer autorização na Constituição para que o Poder Judiciário legisle em sentido estrito. Seu poder normativo, no âmbito judicante, é tão somente para sua economia interna (regimental), negativo (*retirar* norma do ordenamento em defesa da constituição) ou neutro (no sentido de inovação normativa, quando declara a constitucionalidade). Nem ao menos recorrendo ao contexto passado da assembléia constituinte originária tal compreensão é possível. Verifica-se que o instrumento do mandado de injunção era querido, mas ao mesmo temo temido. Desta tensão resultou a redação que hoje causa tantos problemas. Por exemplo, havia uma redação de provimento concreto que não foi acolhida143. Uma emenda que melhor traduziria o instrumento,

---

136 Klaus Günther. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 115.

137 Umberto Eco. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 69.

138 Orlando Soares. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 130: no sistema da common law, que se inspira no princípio da *judge made law*, admite a participação judiciária na elaboração legislativa, nos casos de omissão da lei ou com base no precedente (*case*).

139 Umberto Eco. *Tratado Geral de Semiótica*, p. 68: "encontramo-nos diante do problema da segmentação do universo correspondente à episteme das várias épocas e, em definitivo, do problema agitado pela chamada hipótese Sapir-Whorf, segundo a qual o repertório lexical e a cultura sintática de uma língua determinam a visão do mundo própria de uma dada civilização".

140 Onde o monarca declarava através de um escrito seus desejos e comandos.

141 A respeito vide *Dizionario di diritto francese a cura de Serge Braudo*. *Sinonimi Master 2002*. *Michaelis Tech. Dicionário de Economia e Direito: alemão-português e português-alemão. Dictionary.com. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Dictionary Unabridged*, entre outros.

142 Orlando Soares. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 132: "daí o sentido da locução mandado de injunção, isto é, um suprimento judicial, consubstanciado numa ordem formal, impositiva, de natureza mandamental".

143 Emenda 297, de 20.05.1987. Autor: Michel Temer: "... cabendo a qualquer beneficiário ... propor mandado de injunção para que sejam [os princípios e normas constitucionais] asseguradas no caso concreto. Seu objeto será ... o suprimento da omissão em efetivá-la ..., caso em que o Poder Judiciário, decidirá a lide pela aplicação analógica da legislação estrangeira, dos princípios gerais de direito e do ideal de justiça extraído da sistemática constitucional".

renominando-o de *mandado de concretização*, porquanto "a denominação do texto original constitui simples tradução do vocábulo inglês que para nós não reflete a mesma significação que lhe atribui o direito anglo-saxônico", foi abortada porque seria *polêmica144*. Também foi rejeitada emenda que propôs a troca de *mandado de injunção* para *mandado cominatório145*. Uma proposta para *obrigar o congresso a legislar* também não foi adiante146. Uma emenda que obrigava o Congresso Nacional a legislar sobre direitos e garantias individuais, sociais, políticos e coletivos, no prazo máximo de duas sessões legislativas da promulgação da Carta, foi rejeitada pelas "injunções e limitações estritas que iria impor aos soberanos representantes dos desígnios populares"147.

Como poderia o Supremo querer agir pós-convencionalmente em um estágio da democracia como a brasileira? Como visto acima, *lembrando* Gadamer, a nova interpretação tem que ser confrontada com o atual contexto normativo, portanto, com a própria constituição. Não pode ser uma criação forçada sobre o conceito 'mandado de injunção' e nem pode distanciar-se do sistema constitucional. Caso se retirem estas duas limitações restará só a subjetividade do intérprete. *Esquece*-se que, como aponta Lotman, as culturas que se apropriaram do direito romano são culturas *gramaticalizadas*, enquanto aquilo que a *hermenêutica da criação ... e dos esquecimentos* prega é típico da *common law* anglo-saxônica, que propõe os chamados textos inspiradores para a solução de casos148. Ademais, o discurso de aplicação, como visto, é para situações especiais, não para dar decisões de caráter normativo. *Esquece-se* que neste caso o adequado seriam os *discursos de fundamentação*. Dadas as questões postas acima, de fato, a solução a ser dada à questão é complexa, sendo ela construída a partir de todos os elementos que vamos agregando no presente estudo.

4.2. A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS COMO CONTRA-ARGUMENTO E COMO ARGUMENTO NOVO.

Este item é de breve abordagem. Iniciemos pela *lembrança* de um fato histórico. Enquanto Hamilton com sua visão dos poderes implícitos fornecia a base para uma expansão indefinida do raio de ação do governo federal americano, Webster reagia e sustentava que a Constituição nasce de um

144 Emenda de adequação de Lavoisier Maia, apresentada em 02.07.1987.

145 Emenda 30087, de 04.09.1987, de Doreto Campanari.

146 Texto apresentado em 01.07.1987 na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher acerca de competência do *Tribunal de Garantias dos Direitos Constitucionais*: "a lacuna permanecendo depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão ... poderá promover mandado de injunção para o efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar. Ultrapassado o prazo sem atendimento, o Tribunal de Garantias Constitucionais suprirá a lacuna".

147 Emenda 10940, apresentada em 11.08.1987 à Comissão de Sistematização por Ruben Figueiró.

148 Umberto Eco. *Tratado Geral de Semiótica*, p. 126.

contrato entre Estados, mas torna-se algo mais: uma lei superior de salvaguarda da União. Diante da teoria dos poderes implícitos a doutrina amplia a simples questão de legitimação do poder, abordando também a questão da tentação compulsiva de auto-alargamento das competências sobre o plano prático149.

Com Bogdandy pode-se explicitar o que se chama de *ordem vertical da competência*. Afirma o autor que à *teoria dos poderes implícitos* foi ajuntado o *princípio da legalidade positiva*. Com isso é possível dar poderes à União, "*senza andare al di là di quanto esplicitamente contenuto nella norma competenziale*"150, circunscrevendo os mesmos sob condições formais, procedurais e materiais para garantir um *esercizio legale delle attribuzioni*. Aliás, uma análise reflexiva da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *McCulloch v. Maryland151* permite ver que os poderes implícitos na Constituição para a solução do caso concreto eram *verticais*.

Verifique-se um *esquecimento* e uma contradição performativa. O Supremo Tribunal Federal152 nega a possibilidade de o Tribunal de Contas da União – TCU - determinar a exclusão de vantagem da remuneração de servidores, porquanto coberta pela *res judicata* e passível de desconstituição apenas por ação rescisória. Entretanto, da leitura do art. 71 da Constituição Federal poder-se-ia interpretar, com base da *teoria dos poderes implícitos horizontais*, invasiva de poder, que o TCU estaria autorizado pelo constituinte originário a fazê-lo.

Poderes implícitos se dão na vertical, por derivação e subordinação à essência do poder em questão. Qualquer derivação que implique na horizontalidade com invasão de outro poder é exceção e, portanto, só pode ser explícita. Isto porque ela quebra as idéias reguladoras da democracia e da separação de poderes. Qualquer proposta para a injunção com base na *teoria vertical dos poderes implícitos* deve pautar-se pela neutralidade (dar eficácia à constituição sem legislar) e pela negatividade (retirar óbice à eficácia da norma constitucional sem legislar). Caso seja possível formular algo que atenda a estas premissas será possível, por vias indiretas, dar realidade a uma outra vontade constitucional (o mandado de injunção) de forma a administrar as tensões envolvidas.

4.3. O MANDADO DE INJUNÇÃO É AÇÃO DE DEFESA DA

149 Antonio Tizzano. *Quelques remarques générales sur l'élargissement des compétences communautaires*. In Jürgen Schwarze e Henry G. Schermers (orgs.) *Structure and Dimensions of European Community Policy*. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 43.

150 A. V. Bogdandy, J. Bast. *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per le sue riforme*. In Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n. 2, 2000, p. 309-311.

151 Bernard Schwartz. *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana.* Madrid: Civitas, 1990, p. 23.

152 Vide mandados de segurança 25009 e 25921.

CONSTITUIÇÃO E NÃO DE RESOLUÇÃO DE CASOS CONCRETOS.

Em primeiro lugar demonstre-se um problema de premissa: citando voto do Ministro Néri da Silveira no MI 20 o relator do MI 712 toma emprestada a seguinte idéia: fixa-se prazo ao Poder Legislativo para legislar e vencido o prazo sem edição da norma, podem aqueles cujo direito não é exercitado por falta da norma recorrer ao judiciário, pelas vias de uma reclamação, para ter a garantia do exercício do direito e decidir-se a hipótese concreta. Aqui alguns esquecimentos. O *esquecimento* é do relator do MI 712. O voto por ele mencionado não pode sustentar a solução que deu ao caso (tornar viável o exercício concreto do direito). A pergunta que formula é imprópria ("presta-se esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?"). Isto porque naquele voto manteve-se o mandado de injunção como via abstrata (embora inócua) e proclamou-se a reclamação para a concretude do direito.

Esta questão do provimento concreto ou do provimento abstrato inócuo é de suma importância. Por exemplo, no Canadá a construção de uma cidadania se deu pelo governo Trudeau, com a inserção de elementos universalistas e visa construir a referência identitária sobre a base de uma idéia de nação cívica153. A inserção na constituição canadense dos direitos e liberdades marca o resultado dessas tentativas, notadamente do ponto de vista simbólico. Trata-se de escolher se queremos a cidadania como função de uma história e de uma cultura comuns (tradição), ou de uma *missão* específica (carisma – esta característica é típica daqueles que querem, pelas vias da interpretação, tornar-se os *condutores* salvíficos da Carta), de um projeto social centrado sobre o intervencionismo estatal (racionalidade material), ou da adesão aos princípios fundamentais da constituição (racionalismo de valores). Mas a principal solução é a do respeito da democracia, pautada sobre um princípio de legitimidade – tal como a legitimidade procedural discursiva portadora da idéia de patriotismo constitucional154.

Isto nos remete à utilidade do mandado de injunção. Deve ele ser lido a partir do art. 102 da Constituição Federal ("compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição") e não com paralelismo com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. A solução não pode ser inócua nem invasiva, porque se trata de guardar o sistema constitucional, sendo a separação de poderes elemento essencial de uma democracia que se quer equilibrada. O fato de a regra estar materialmente inserta no capítulo constitucional dos direitos e deveres individuais ou coletivos não autoriza qualquer interpretação tendente a situar o mandado de injunção entre as ações de solução de casos concretos. Entendemos pertinente a conclusão de que o se exige não é a lei, mas as condições normativas para o exercício dos direitos

153 Fernand Dumont. *Raisons communes*. Montreal: Boréal, 1995, p. 34.

154 Michel Coutu. *Citoynneté et Légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la réferénce identitaiere*. In Droit et Societé. V. 40. Montréal: Centre de recherche em droit public – Université de Montreal, 1998, pp. 631-646.

fundamentais em questão155.

Quando se tiver isto em mente evitar-se-á pensar a partir de interesses, o que causa cegueira e impede o raciocínio a partir dos valores constitucionais. O pensar a partir de interesses é que leva a que alguns sustentem que "o objeto do mandado de injunção é o suprimento da norma faltante na solução do caso concreto"156. A Constituição tem superioridade formal e material e é base do sistema normativo. Assim, o silêncio do legislador não afeta *prima facie* interesses do indivíduo, mas sim o próprio conteúdo normativo da Constituição157. Neste sentido, a omissão não impede que o judiciário dê concretude ao dispositivo constitucional pelas vias ordinárias ou do mandado de segurança e, p. ex. na Espanha, do juízo de amparo indireto158. Basta que tenha em vista o princípio da supremacia constitucional159.

(a) Verifique-se como pensar por interesses leva a desvios, em especial nas perguntas que se deve fazer ao texto. Considera-se como avanço na jurisprudência o MI 232. Nele o Supremo Tribunal Federal concedeu seis meses ao Congresso Nacional para legislar o preceito do art. 195, parágrafo sétimo, da Constituição, sob pena de o requerente gozar da imunidade requerida. Para Luís Roberto Barroso, o tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa, limitando-se a considerar a norma auto-aplicável160. Diz o referido dispositivo que "são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei". Ora, o direito à isenção sequer existia. A norma de que trata a lei é que vai dizer quais das entidades beneficentes de assistência social teriam direito à isenção e não tornar eficaz um direito já consagrado na Constituição. No direito de greve do servidor, por exemplo, o direito é pré-existente, a norma só irá procedimentalizá-lo. Qualquer servidor tem o direito. Na isenção de que se trata, o direito sequer existe. Não é por ser beneficente que se tem direito, mas apenas aquelas que, por política pública de assistência social, tiverem o incentivo. Haveria direito fundamental a não pagar tributos? Certamente que não. Está-se diante de interesses por 'valores' e não de valores constitucionais.

(b) Esse método de centrar-se no problema, derivado de

---

155 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativa y su Control Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457.

156 Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

157 Ignacio Villaverde Menéndez. *La inconstitucionalidade por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 3.

158 Othon J. M. Sidou. *Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injunção y habeas data*. Boletin Mexicano de Derecho Comparado, año XXIV, núm. 70, enero-abril de 1991, p. 174.

159 Gustavo Zagrebelsky. *La Constitución y sus normas*. In Miguel Carbonell (comp.). Teoria de la Constitución. Ensayos escogidos. México: Porrúa, 2000, p. 84.

160 Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 129.

Viehweg161, transfere o foco da hermenêutica para o problema e acaba por desenvolver uma "técnica" metodológica "de pensar por problemas", ou seja, a moldura é formada não pelo conjunto normativo, mas pelo conjunto de problemas definidos para a solução justa do caso concreto, aos quais se agregam tantos *topoi* quantos necessários. É importante na resolução de problemas, eis que abre o direito a elementos da realidade prática, entretanto, se ilimitada, retira a ordem do sistema jurídico, permitindo as mais diversas conclusões, a depender dos 'topoi' escolhidos por cada intérprete, cuja subjetividade está na própria escolha e descrição dos problemas162. A liberdade civil não pode por em perigo a preferência racional posta na constituição em favor de meros interesses163.

Como diz Guillermo Guzmán Orosco, ex-Ministro da Suprema Corte espanhola, "é inexato que uma garantia constitucional não outorgue direito algum aos governados, senão que só imponha a obrigação de legislar, o que implica que se não tem vontade de fazê-lo o preceito constitucional resta derrogado de fato"164. Não legislar seria como se o legislador editasse uma lei revogando o direito previsto na Carta. Os valores constitucionais inscritos no inciso da injunção existem por si mesmos e não graças ao desejo, necessidade ou escolha do legislador ou do juiz, "é algo cuja possibilidade contém a exigência de sua realização"165. Portanto, o mandado de injunção é ação de defesa da Constituição e não de interesses pessoais.

4.3.1. DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS É CONCEITO DIVERSO DE DIREITOS DO INDIVÍDUO, O QUAL POSSUI FEIÇÃO SUBJETIVISTA.

Para MacIntyre o individualismo conduz ao emotivismo relativístico que é a causa da irresolvibilidade das discussões atuais sobre a escolha prática dos homens. A cultura regida pela dinâmica do individualismo já não passaria o universo do consumo166. Sob essa perspectiva teríamos também *direitos fundamentais de consumo*. A lógica do individualismo veria o mandado de injunção apenas como "libertação dos entraves" na perspectiva da preocupação consigo mesmo167. Esse pragmatismo, *lembremos*, é rejeitado por Gadamer. Retornaríamos à monadologia leibniziana, onde se afirma a

---

161 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, volume 1).

162 Manuel Atienza. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 71.

163 Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 23.

164 Suprema Corte de Justicia de la Nación. El derecho a la información México, 2000, p. 10.

165 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 149.

166 Alain Renaut. *O Indivíduo*. Rio de Janeiro: Difel, 1998, p. 40.

167 Alain Renaut. *O Indivíduo*, p. 60.

individualidade como mundos à parte168.

O sujeito não é fechado em si, uma divindade, mas uma realidade aberta, que se comunica através da razão mesma. Hoje o conceito de natural está reduzido ao puramente empírico. É fundamental que sejamos portadores de direitos inerentes à pessoa humana como tal, precedentes ao sistema de direito. O conceito individualístico da liberdade esquece que o homem é um ser finito, criado para conviver com outro. Deve-se renunciar a absolutização do 'eu', que é contra a realidade empírica. Reaprender que a liberdade é bem definida antropologicamente e sociologicamente somente se interpretada como liberdade condivisa169.

Como afirma Ubiratan Borges de Macedo, "os direitos humanos são, pois, entendidos como direitos subjetivos, sendo seu sujeito a humanidade, distintos de direitos mais concretos"170. Daí sua característica de inexauribilidade, comum a todos os valores morais: a justiça realizada num caso não se esgota de modo a não poder se usada noutro caso. Segundo Margarita Boladeras, Habermas promoveria uma justificação dos direitos fundamentais a partir de uma reconstrução racional do que é inerente às *capacidades realizativas do ser humano* vistas sob a ótica possibilitadora do desenvolvimento sócio-político (princípio de democracia)171.

Os direitos são universais, embora os governos não o sejam. Esses direitos, portanto, ultrapassam os particularismos172. É individual sem rosto, porque beneficia todos aqueles que vivem sob um estatuto transcendental173. Com Alain Renaut, entendemos que o mandado de injunção (dado seu endereçamento) leva à uma idéia de sujeito que não se reduz ao indivíduo, mas ao contrário, implica uma transcendência da individualidade, encerrando em si a intersubjetividade em torno de uma esfera comum de princípios e valores174.

Pelo exposto, o fato de o mandado de injunção estar no art. 5o não leva à conclusão de defesa de direitos subjetivos, individualistas. O que vai nortear o entendimento é a natureza do provimento a ser dado. Por exemplo, no mandado de segurança o provimento é concreto e, portanto, para uma individualidade una ou coletiva. Em sendo o mandado de injunção manejado

---

168 Alain Renaut. *O Indivíduo*, p. 81.

169 Joseph Ratzinger In "*Dialogo sulla religione*". Joseph Ratzinger e Ernesto Galli della Loggia. Incontri su Storia, Politica e Religione organizati dal Centro di Orientamento Politico. Outubro 2004. Disponível em: <www.harmoniae.com/holy_queen/ratzinger_galli.htm>, acessado em 30/06/2006.

170 Ubiratan Borges de Macedo. *Direitos Humanos e sua Teoria*. In Arquivos de Direitos Humanos. Celso D. de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torre (dir.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, n. 1, p. 129-131.

171 Écio Oto Ramos Duarte. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito*, p. 17.

172 Mario Bettati et Olivier Duhamel. *Préambule*. In *La Déclaration universelle des droits de l'homme*. Textes rassemblés par Mario Bettati et al. Paris: Gallimar, 1998, p.

173 Georges Vedel. *Libres et Égaux*. In *La Déclaration universelle des droits de l'homme*. Textes rassemblés par Mario Bettati et al. Paris: Gallimar, 1998, p. 30.

174 Alain Renaut. *O Indivíduo*, p. 90.

contra o órgão omisso na edição da norma regulamentadora, e não contra o órgão concretizador175, então é ação típica de defesa dos direitos fundamentais e das liberdades do sujeito e não da subjetividade. É ação típica de defesa da constituição, da democracia, não de interesses egoísticos. Esta conclusão está apoiada no próprio conceito supra-individual dos direitos fundamentais e das liberdades.

4.4. EM MONTESQUIEU REALMENTE NÃO EXISTE UM PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES176, MAS ...

Primeiramente devemos demonstrar a *criação* em movimento para, depois, observarmos como essa mesma *hermenêutica* nega e *esquece* a possibilidade de criação por derivação a outros intérpretes que procederam da mesma forma. Vejamos alguns problemas das premissas no voto do MI STF 712 que, se demonstrados, levam à inviabilidade lógica de sua conclusão. Relacionemos as premissas:

- (i) o argumento de violação da harmonia e separação de poderes é insubsistente porque "este Tribunal exercerá função normativa, porém não legislativa";

- (ii) a classificação tradicional das funções estatais é a orgânica ou institucional, sendo tais funções a legislativa, a executiva e a jurisdicional;

- (iii) trocando o critério para o material tem-se a função normativa, a função administrativa e a função jurisdicional;

- (iv) na menção aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a referência é a centros ativos de funções e o critério é o subjetivo;

- (v) tomando-se a expressão poder estatal no seu aspecto material e entenda-se por função estatal a expressão do poder estatal; sob esse novo aspecto estaríamos libertos da tradicional classificação das funções segundo o critério orgânico;

- (vi) a função normativa compreende a função legislativa;

- (vii) a Constituição impõe como dever-poder ao Poder Judiciário não só a função regimental, mas também a de formular supletivamente leis nas hipóteses de concessão de mandado de injunção;

- (viii) "não há que se falar em agressão à 'separação de poderes', mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não

175 Esta conclusão da jurisprudência parece-me adequada. Nega-se inclusive a possibilidade de litisconsórcio passivo (a exemplo, no STF vide os MI-Agr 323 e 325 e o MI 510)

176 Esta constatação pode ser vista em Léon Duguit. *Traité de droit constitutionnel*. Tome I, p. 348.

existe a assim chamada 'separação de poderes' provinda do direito natural";

- (ix) no Brasil vale o que está na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.

Observe-se algumas falhas lógicas das premissas. As premissas (i) e (vi) se contradizem. Troca o critério funcional (ii) (iv) pelo critério material (iii) equiparando, de forma abrupta e forçada, função a poder para sair do critério orgânico e libertar-se do mesmo. Ocorre que o critério que utiliza no passo (vii) é tipicamente de poderes separados e não de funções separadas, porque se trata de um instrumento endereçado a um poder. Como explica Carré de Malberg: "no Estado moderno, não somente se caracteriza a lei como a decisão de um órgão legislativo distinto da autoridade administrativa, senão também que contribuiu particularmente a que se a considere como um estatuto superior é a especial natureza e a qualidade própria do órgão que a formou"177. No Estado constitucional moderno, as condições mediante as quais se adere força estatutária a uma regra, se reduzem precisamente a condições de forma e origem. Este ponto deve-se a O. Mayer pois mostrou que o conceito atual de lei provém diretamente do sistema de separação de poderes. Aliás, o critério constitucional é o de distribuição de poderes, sobre o qual se construíram conceitos jurídicos que a *hermenêutica da criação* continua utilizando, *esquecendo* que também serão abalados (como, por exemplo, o princípio da hierarquia vertical das normas, cujo conteúdo é derivado do órgão que as expedem).

Como fala Carré de Malberg, graças à separação de poderes, *o caráter estatutário da lei já não é somente a conseqüência de uma distinção teórica e artificial entre regra legislativa e as demais prescrições regulamentares*, senão que o dito caráter estatutário corresponde a uma superioridade realmente inerente à lei e que provém de que esta lei é obra de uma autoridade que domina e rege todas as demais autoridades estatais178. A conclusão que está em (vii) não está autorizada pela Constituição e não deriva, sequer, do conteúdo semântico do mandado de injunção. Trata-se de uma *criação* hermenêutica sem fundamentos de essência ou de natureza.

Não é possível prosseguir sem *lembrar* que para Gadamer o pré-conceito (juízo), "no procedimento juris-prudencial é uma pré-decisão jurídica"179, significando para o contendor uma redução de suas chances. Gadamer relativiza tal desvantagem, porquanto o que ele pretende é evidentemente reduzir sua força através da suspensão dos preconceitos. Não basta, portanto, uma mera auto-reflexão, que é apenas uma centelha, eis que *os* "pré-conceitos do indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser"180. Isso não pode ser objeto de *esquecimentos*. Daí as

177 R. Carré de Malberg. *Teoría General del Estado.* México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 329.

178 R. Carré de Malberg. *Teoría General del Estado*, p. 326.

179 Hans-Georg Gadamer. Verdade e Método I, p. 407.

180 Hans-Georg Gadamer. Verdade e Método I, p. 416.

'incontroláveis' conseqüências lógicas dos argumentos, conforme exemplificado acima. Para Umberto Eco ocorreria aqui uma *inventio* ideológica, dada a escolha de seleções circunstanciais que atribuem uma dada propriedade a um semema, ao mesmo tempo ignorando outras propriedades contraditórias. Também ocorre uma *dispositio* ideológica porque a argumentação, quando compara duas premissas diferentes, escolhe aquela que supostamente não possui marcas contraditórias, ocultando assim, até de forma inconsciente, as premissas que poderiam comprometer a linearidade da argumentação181.

O passo (viii) também é falho. O fato de a constituição instituir mandado de injunção não significa autorização para desconsiderar a separação de poderes. Aqui, a rigor, trata-se de uma petição de princípio, porquanto se recorre ao mandado de injunção para provar o que estaria permitido pelas vias do mandado de injunção182. A saída inócua do mandado de injunção (mera declaração de mora) é típica de submissão de um poder ao outro. A saída invasiva do mandado de injunção (atuar como legislador positivo) é típica da sujeição de um poder ao outro. A 'separação de poderes', como se derivou hermeneuticamente a partir de Montesquieu pela *tentation séparatiste* (como a denominou Eisenman), de fato, não provém do direito natural, mas do Iluminismo, da razão. Passou ela a ser interna ao conceito de democracia. A não ser que se negue esta, não se pode desconsiderar aquela.

É por força de *criações* como a aqui comentada que Apel sustenta a necessidade de uma ética dos princípios. Os perigos do conservadorismo ocultos na hermenêutica empírica são particularmente evidentes para Apel. A consciência moral do homem e o sentimento ético estão historicamente mostrados como uma sede muito precária sobre a qual fundar a democracia.183. Tem valor intrínseco e universal (ao menos em nossa tradição ocidental). Democracia não é palavra que damos a algo, mas é adjetivo que só se pode dar se cumpridos alguns requisitos a ela implícitos. Assim, aqueles que defendem que princípios devem ter leitura moderna e flexível184, tal como o da separação de poderes, precisam explicar o que de fato são princípios para eles.

Mais alguns *esquecimentos*. Verifique-se que quando o Supremo Tribunal Federal faz a lei, em sentido estrito, passa a ser legislador (edita a norma geral e abstrata), *executivo-judicial* (ordena sua imediata aplicação, sob as penas da lei) e juiz (de si mesmo). Esta norma não estará afeta a juízo de inconstitucionalidade pelos juízes naturais – que se a negarem serão passíveis de reclamação, impedindo-lhe o controle difuso de constitucionalidade. O

---

181 Umberto Eco. *Tratado Geral de Semiótica*, p. 248.

182 Vicente Fatone. *Lógica y Teoría del Conocimiento*. Buenos Aires: Kapelusz, 1956, p. 83.

183 Karl-Otto Apel. *Zurük zur Normalität? Oder können wir aus der nationalen Katastrophe etwa Besonderes gelernt haben? Das problem des (welt)geschichtlichen Ubergangs zur postkonventionelle Moral aus spezifuch deutscher Sicht,* In Zerstörung des moralischen Selbstbewulßtseins, pp. 91-143.

184 Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126.

controle abstrato de constitucionalidade estará, de forma anômala, julgado antecipadamente porque, quem deu a norma não poderá julgá-la inconstitucional. Isto em tese, porque na *hermenêutica da criação* nem isto está seguro, bastando mudar o contexto (mas quando se dá uma mudança de contexto?). É inimaginável a concentração de poderes e, em última instância, a indiferenciação das funções. Caso o direito queira algo mais que a mera aparência de autonomia sistêmica, deve inserir uma racionalidade moral do procedimento185, porquanto não existe direito autônomo sem uma democracia realizada186. Não se pode confundir o *status* filosófico da normatividade sobre a qual a democracia constitui-se e a concepção dos indivíduos que interpretam a democracia. Caso prevaleça esta sobre a outra caímos nos perigos do relativismo e do subjetivismo radical.

Por fim um último *esquecimento*. Não se pode dizer que a separação de poderes é fruto de uma "doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original". A *hermenêutica da criação* não pode *esquecer* de seus direitos criacionais e negá-los *a quem leu Monstesquieu no original* para dar uma interpretação produtiva. R. Carré de Malberg, o artífice da *escola separatista* estava ciente das razões para derivar o princípio da separação de poderes a partir da obra de Montesquieu: "o conceito moderno de lei se funda essencialmente em um sistema orgânico de multiplicidade e de desigualdade das autoridades encarregadas de querer para o Estado e, portanto, em um princípio da separação de poderes. Longe de ter confundido a teoria das funções estatais, como pretendem tantos autores (Duguit, L'État, vol. I, p. 437; Cahen, Laband, Anschütz ou Seligmann), a separação de poderes era a única que podia permitir que o conceito de lei adquirisse seu completo desenvolvimento e sua plena significação, porque unicamente a dita separação estabelece entre as autoridades estatais a hierarquia de potestades que é causa de que uma lei se apresente como manifestação da mais alta vontade no Estado."187.

4.4.1. O ARGUMENTO MONTESQUIEUIANO CONTRA A PRETENSÃO DO JUDICIÁRIO DE ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO.

Primeiramente verifiquemos um *esquecimento*. O relator do MI 712/STF toma como inconteste a seguinte assertiva de José Ignácio Mesquita: "dentre essas alternativas, é de se optar pela última [legislar em sentido estrito], posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes

185 Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, I, p. 292: "pois, do mesmo modo que os processos democráticos no âmbito da legislação, assim também as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximativamente."

186 Jürgen Habermas. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 121.

187 R. Carré de Malberg. *Teoría General del Estado.* México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 326.

quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional". Em primeiro lugar a premissa só seria verdadeira se não houvesse outra possibilidade de solução da questão. Em segundo lugar outros princípios estão em colisão e foram excluídos sem a famosa preservação dos seus núcleos duros, como prega boa parte da *hermenêutica* de que tratamos.

Seria possível aceitar a atividade do juiz legislador? Essa era a realidade anterior aos ideais do Iluminismo. As palavras de Beccaria dão a exata noção, ainda que emocional, do sentimento que norteava os limites interpretativos impostos pela escola da exegese. Primeiramente, ilustra ele que um raciocínio do juiz para além da subsunção torna tudo incerto e obscuro. Quando se trata da busca do espírito da lei (portanto similar ao elemento teleológico da interpretação), Beccaria vê nisto um risco, uma vez que cada homem tem uma maneira de ver (diferença intersubjetiva) e o faz de modo diferente quando labora em épocas distintas (diferença intertemporal), ficando "a vida de desgraçados à mercê de um errôneo raciocínio ou da bile de um juiz", deixando claro que o bem mais importante é o da segurança jurídica188.

Segundo Montesquieu, "nos Estados despóticos não há nenhuma lei: o juiz tem a si próprio como lei. Sob a forma de um governo republicano a essência da Constituição consiste no fato de que os juízes devem observar a letra da lei"189. Emmanuel Sieyés, constituinte da Revolução Francesa, radicalizou o domínio da lei. Isto tudo foi uma reação aos abusos de juízes e da suspeita burguesa sobre o judiciário. Montesquieu reconhecia que se poderia viver na sociedade sem conhecer exatamente os vínculos a que se está sujeito. Mas cria para a solução das dúvidas o recurso ao *référé législatif* (recurso dos juízes à interpretação originária do Legislativo diante da dúvida sobre o conteúdo da norma).

Carré de Malberg via em Montesquieu uma separação material e funcional dos poderes, como trabalhado pelo relator do MI 712/STF (passos 'i' a 'v' do item 4.4). Entretanto, "*chaque organe a un domaine d'activité spécial qui déterminé par la matière même de l'acte à accomplir ou de la décision à prendre*"190. Não há outra forma de trabalho constitucional que não a *séparation fonctionnelle* seguida da distribuição *matérielle* tendo como critério a concentração da *compétence ratione materiae*. Aliás, este é o caminho constitucional. Começa no art. 2o (*fonctionelle* como princípio fundamental) e segue fazendo a alocação *matérielle* (organizando os poderes no Título IV). Esta é a condição para que a lei seja geral e abstrata, condição para que seja justa191. Distinga-se o que já na Idade Média se diziam comandos gerais e comandos particulares. Os primeiros genéricos e os segundos de caráter pessoal. Como diz Martim de Albuquerque, apenas àqueles caberia a

188 Cesare Beccaria. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 22 e 23.

189 Montesquieu. *Vom Geist des Gesetzes* apud Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'.* São Paulo: Cebrap. Revista Novos Estudo 58, novembro 2000, p. 188.

190 Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Tome II, 1922, p. 28.

191 Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Tome II, 1922, p. 3.

qualificação de lei; a estes, competiria a designação como preceito ou privilégio192. A separação de poderes é lida a partir da igualdade e da liberdade. Critérios que permitem maior garantia que as meras interpretações que *escolhem* argumentos.

Para Montesquieu o judiciário não é poder193, porque não pode ser separado do poder legislativo, eis que está submetido à *la lettre de la loi*. Assim, não separar é subordinar o judiciário ao legislativo, aliás esta é saída que foi dada quando se leu o mandado de injunção como uma ação cujo resultado seria a mera declaração de mora. O judiciário pode-se dizer independente na medida em que, para evitar a arbitrariedade da vingança ou a indulgência, o poder de julgar não deve ser reservado ao monarca ou a seus subordinados194. Por isso é que "*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*"195.

Em Montesquieu quem fazia a moderação da lei em favor da lei mesma, fazendo pronunciamentos menos rigorosos que ela, supostamente em nome da justiça, era o legislativo196. Isto porque o legislativo, para Montequieu, invade o judiciário, mas jamais o inverso: "*des trois puissances dont nous avont parlé, dit-il, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux*"197. De fato não existe uma separação, mas uma colaboração198 entre poderes. Entretanto, para a independência e harmonia de que fala nossa Constituição, a doutrina que melhor colaborou para o perfeito entendimento é a separatista. Neste caso da omissão legislativa, Montesquieu diria que iria instalar-se a corrupção: a anarquia (pela anomia) ou o absolutismo (executivo legislaria). A desnaturação das funções seria fatal ao Estado199. Estas *formas de corrupção* são as que podem ser vistas nas soluções dadas até agora ao mandado de injunção (a anomia derivada da simples declaração de mora e o *absolutismo judiciário* derivado do juiz como legislador positivo). Talvez o termo separação seja inadequado, porque o sistema de contra-poderes (*contrôle mutuels permanents*200) significa a busca de um equilíbrio harmônico (Althusser designa tais mecanismos como "*empiètements possibles d'un pouvoir sur l'autre*"201). De fato não há separação no sentido puro e radical da palavra,

---

192 Martim de Albuquerque. *Da Igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 26.

193 Para Eisenmann não o seria no sentido político. In *La pensée constitutionelle de Montesquieu. Bicentenaire de L'Esprit des Lois*. Sirey, p. 150.

194 Montesquieu. *L'Esprit des Lois*. (Euvres Complètes) Paris: Gallimard, 1951. Tome II, Livre VI, chapitre VI, p. 316.

195 Montesquieu. *L'Esprit des Lois.* Livre XI, chapitre VI, p. 404.

196 Simone Goyard-Fabre. *La Philosophie du Droit de Montesquieu*. Paris: C. Klincksieck, 1979, p. 326.

197 Montesquieu. *L'Esprit des Lois*. Livre XI, chapitre VI, p. 399.

198 Simone Goyard-Fabre. *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, p. 330.

199 Simone Goyard-Fabre. *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, p. 331.

200 Como por exemplo em Montesquieu. *L'Esprit des Lois*. Livre XI, chapitre VI, p. 403-405.

201 L. Althusser. *Montesquieu la politique et l'histoire*. Paris: PUF, 1967, p. 104.

mas daí defender o acúmulo ou a confusão de poderes significa um atentado à liberdade. Existe, portanto, uma divisão de poderes202. Decerto que se os poderes ignorarem-se mutuamente resulta em um não-Estado, por outro lado a invasão das prerrogativas do outro gera uma enfermidade política: o despotismo203. Por isso que para Montesquieu a limitação dos poderes é mais importante que sua distinção204.

Não há que se negar que o princípio da separação dos poderes (ou qualquer nome que se lhe dê: independência, diferenciação) é uma idéia reguladora para a construção de mecanismos concretos de divisão e controles de poderes políticos. Como afirma Böckenförde, princípios são suscetíveis de concreções diversas, sem que isso suponha que se cambie por inteiro seu conteúdo, ou seja, sem que percam sua continuidade ou se degradem em meras fórmulas vazias205. Lembra o autor, a partir de R. von Mohl, que a divisão de poderes se defende e aceita exatamente pelo que se refere à organização autônoma do Poder Legislativo e, agora citando M. Drath, tal princípio é destinado à distribuição das competências estatais206. Ademais, a divisão de poderes, como uma articulação de funções, não admite que se permita, a nenhum título jurídico, a liberação do exercício de poder do Estado fora da exigência de legitimação democrática. Escreve Böckenförde: "a orientação funcional exclui que a ocupação por pessoas de cada um dos poderes possa considerar-se como uma tarefa que lhes corresponde e que se exerce por eles de modo autônomo, é dizer, à margem da legitimação e da responsabilidade democrática. E isto tem uma especial importância na questão da incorporação de pessoas ao poder judicial"207.

Como se observa o princípio da separação de poderes é uma idéia reguladora ela-mesma regulada pelos princípios da liberdade e da democracia. Tudo isso faz compreender que as leituras que se dêem ao mesmo não podem ser *tão criativas* a ponto de retirar-lhe a própria coerência e tornando seu conteúdo contraditório, onde separação passa a significar, pelas meras vias interpretativas não autorizadas, confusão ou concentração de poderes.

4.5. DIFERENCIAÇÃO ENTRE SEPARAÇÃO DE PODERES E PODERES SEPARADOS.

---

202 Simone Goyard-Fabre. *La Philosophie du Droit de Montesquieu*. Paris: C. Klincksieck, 1979, p. 333.

203 Simone Goyard-Fabre. *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, p. 334.

204 Simone Goyard-Fabre. *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, p. 338. Montesquieu. L'Esprit des Lois. Livre XI, chapitre IV, p. 395.

205 Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 18.

206 Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, p. 20.

207 Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, p. 123. Mais detalhadamente, segundo o próprio autor, em Böckenförde. *Verfassungsfragen der Richterwahl.*

O voto do MI/STF 712 deixa claro que a constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços, porém no seu todo. Mas *esquece* e faz exatamente aquilo que nega. Não há qualquer vestígio na Carta que dê atribuições ao Judiciário para legislar em sentido estrito. Aqui passamos a trabalhar com a questão dos poderes separados.

Poderes separados devem ser lidos, necessariamente, sob a idéia reguladora da *Separação de Poderes*. Idéias reguladoras são exatamente aquelas que impõem limites à interpretação, colocando em evidência seus abusos208. Trata-se do momento onde "a razão e suas idéias reguladoras vêm em auxílio do juízo"209. Não fossem elas os conteúdos dos princípios mudariam ao sabor da subjetividade do intérprete e das conveniências de grupos, bem assim seria impregnadas pela provisoriedade da realidade (boa ou má)210. Caso contrário, com Ortega y Gasset, poder-se-ia denominar de 'democracia' qualquer tipo de regime que desequilibre os poderes.

Portanto, não há que se dizer que o princípio da separação de poderes tem seu conteúdo totalmente verificável no texto constitucional. Além de ser contraditório com a pregação de uma principiologia pré-positiva, *esquece-se* a própria matriz constitucional do alargamento da fundamentalidade (art. 5o, parágrafo segundo).

Lembre-se que o próprio Gadamer rejeita o puro pragmatismo para sair do relativismo. Ademais, para superar o voluntarismo, até bem intencionado da monologia, a saída de Habermas e Apel parece mais conforme a um conceito de democracia constitucional. O momento principal da transformação é o seguinte: "em lugar da aptidão legal das máximas de ação – que os indivíduos hão de querer, segundo Kant – aparece agora a idéia reguladora da capacidade de ser consensuadas todas as normas válidas por parte de todos os afetados."211.

Entretanto, nem a *pragmática dos poderes separados* é capaz de autorizar qualquer invasão do legislativo pelo judiciário (atuar como legislador positivo) ou mesmo de permitir a mera declaração de mora como saída para o mandado de injunção. Isto porque ou se transforma o instituto em um *nada jurídico* ou se lhe imprime a característica de um *artefato* ofensivo contra o sistema constitucional. Não há qualquer autorização na constituição para que o judiciário legisle. Uma conclusão interpretativa deste tipo requer *criações ... e esquecimentos* inaceitáveis.

---

208 Jürgen Habermas. *Direito e Moral*, p. 118.

209 Hannah Arendt. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant.* Barcelona: Paidós, 2003, p. 17.

210 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 194

211 Karl-Otto Apel. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso.* Barcelona: Paidós, 1998. p. 158-159.

4.6. ESQUECIMENTOS DA HERMENÊUTICA DA CRIAÇÃO – CASUÍSTICAS TÍPICAS DE CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA.

A primeira já antecipamos acima. O Supremo Tribunal Federal212 nega a possibilidade de o Tribunal de Contas da União determinar a exclusão de vantagem da remuneração de servidores, porquanto coberta pela *res judicata* e passível de desconstituição apenas por ação rescisória. Entretanto, da leitura do art. 71 da Constituição Federal poder-se-ia interpretar, com base da *teoria dos poderes implícitos horizontais*, invasiva de poder, que o TCU estaria autorizado pelo constituinte originário a fazê-lo

Outros precedentes que nos parecem importantes. Para preservar-se da invasão de outro Poder o Supremo Tribunal Federal nega às comissões parlamentares de inquérito a possibilidade de convocar juízes para investigação de decisões judiciais tidas como suspeitas, porquanto seria evidente a ofensa ao princípio da separação de poderes (HC's 80089 e 80539). Ora, diz a Constituição que as comissões terão poderes investigatórios próprios de autoridades judiciais, *além de outros* (art. 58, parágrafo terceiro). Entretanto, nenhuma interpretação semântica, teleológica, *criativa* foi capaz de superar o princípio da separação de poderes. O argumento é ilógico porque, se as decisões dos magistrados, quando jurisdicionais, estão imunes; as decisões dos administradores públicos, quando administrativas, também seriam. Poderes são poderes, qualquer que sejam suas naturezas. Pelas vias interpretativas foi dada maior dignidade a um poder. E pelas mesmas vias interpretativas quer-se invadir outro poder.

A *hermenêutica da criação esquece* casos concretos em que ela nega jurisdição a órgãos que não estão no capítulo constitucional do poder judiciário, fulcrada exatamente na separação dos poderes; e, não menos importante, a demonstração de sua *contradição performativa*, porquanto cria e, ao mesmo tempo, impede a criação hermenêutica na derivação do princípio da separação dos poderes a partir da obra de Montesquieu.

Também poderíamos mencionar outra contradição performativa. No voto do MI STF 712 o relator toma sem questionar a seguinte afirmação: "o que é danoso para os direitos, liberdade e prerrogativas constitucionais não é a demora, em se mesma considerada, mas a demora incompatível com o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição". Com base nesse argumento e diante da notória e elástica demora do judiciário em julgar os processos, ficariam outros poderes autorizados a promover medidas obstadas pela jurisdição tardia213, mas nesse caso a *hermenêutica da criação* que vale lá não teria validade aqui. Isto porque o Poder que interpreta judicialmente

212 Vide mandados de segurança 25009 e 25921.

213 Não se pense que é tão difícil assim pensar em casos onde isto se daria. Por exemplo, expedida uma liminar e expirado o prazo legal de sua eficácia sem o devido julgamento, a autoridade demandada daria seguimento aos atos que entenda necessário para garantir *outras* liberdades e direitos. Outra, passado o prazo de prisão provisória ou de reclusão, e diante da demora do juízo em adotar as medidas competentes, as autoridades restituiriam a liberdade. Direito este de maior dignidade constitucional que a processualística envolvida.

tende a defender suas prerrogativas214, enquanto não tem o mesmo conservadorismo com outros poderes.

5. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminharam bem próximas. Primeiro cabe apenas fazer menção que a primeira não é unânime sobre a interpretação do mandado de injunção a partir do conteúdo anglo-saxônico da *injuction* ou do americano *writ of mandamus*. Sobre isso nada mais comentaremos (vide item 4.1). Também não merecem maiores comentários, porque já tratado aqui, a afirmação de que "a Constituição não prevê que em sede de mandado de injunção possa ordenar-se ao legislador, por exemplo, que elabore a lei necessária para que o direito tenha eficácia"215. Frise-se que não se pode *esquecer* que as palavras têm significado. Ora, nos termos da Carta, trata-se de um mandado, de uma injunção, tendo como finalidade tornar viável (e não concretizar por si mesmo) o exercício dos direitos ali enumerados. Também demonstramos acima que não se pode desprezar as discussões na assembléia constituinte sobre o instituto, como fazem muitos autores216. De fato, não se pode compreender o instituto a partir das discussões constituintes que o precederam, mas é possível afirmar o que não é (vide item 4.1).

Luís Roberto Barroso aponta três correntes acerca do mandado de injunção: a) a da simples ciência da mora ao legislativo217; b) a de formular a regra faltante, com caráter genérico, *erga omnes*; c) a de solucionar o caso concreto218.

A primeira219 tem em Manuel G. Ferreira Filho220 um representante. Seu argumento é o de que os efeitos do mandado de injunção não podem ser diferentes dos estabelecidos para a ação declaratória por omissão, porque: a constituição silenciou quanto aos efeitos da injunção, pelo que só pode ser buscado na outra ação constitucional que trata de omissão legislativa; se a declaratória de inconstitucionalidade por omissão é manejada apenas por *autoridades e entes de alta representatividade* e seu efeito é a simples

---

214 Vide MS 25510 do STF.

215 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 307.

216 Explicitamente o faz André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*, p. 312.

217 Solução similar à Constituição portuguesa de 1976 (art. 283, 1 e 2): ocorrendo a omissão inconstitucional o Tribunal Constitucional dá conhecimento disso ao órgão legislativo.

218 Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 232.

219 No STF o mandado de injunção 107,

220 In *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

comunicação ao parlamento, então o mandado de injunção não pode ter efeitos mais amplos eis que proposto por [*simples*] cidadão titular do direito constitucional; e o referido efeito é o único que se compadece com a separação de poderes. Com o respeito que merece o autor, *todos* os seus argumentos são falhos por *carência lógica e por esquecimentos*. O primeiro argumento, além de representar a interpretação da Constituição em tiras (na realidade só duas e uma analogia forçada entre uma ação *mandamental* e outra *declaratória*), *esquece* que os efeitos, p. ex., do mandado de segurança foram construídos pela tradição221 (depois tornada lei), eis que existem inúmeras formas (adequadas ou inadequadas) de *proteger direito* líquido e certo, tanto quanto para, também mandamentalmente, *tornar viável o exercício de direitos*. O segundo argumento é mais infeliz, porque *esquece* que autoridades são constituídas e, portanto, o constituinte detém as competências delegadas e as não delegadas. Basta uma nova assembléia para que os segundos afastem os primeiros222. Ou não é verdade que todo poder emana do povo? (art. 1o, parágrafo único, da Constituição). O terceiro argumento tem inserido dois *esquecimentos*: a invasão ilícita é conclusão que tem como premissas alternativa errônea (a de edição de lei geral pelo judiciário) e a inexistência de outra saída; o outro é que a mera declaração de mora (quando não posta explicitamente na constituição) significa a subordinação do judiciário ao legislativo e uma Constituição órfã.

A segunda posição223 estabelece que o instituto presta-se tão-somente à resolução do caso concreto. Defende-a José Afonso da Silva nestes termos: "não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão"224. J. J. Calmon de Passos insere o seguinte argumento: em não havendo autorização para a imposição de sanção ao legislativo, então o que está deferido é a competência para editar norma regulamentadora do caso concreto225. Ambos os argumentos têm premissas que não levam às conclusões dadas pelos autores. Cria-se um problema acerca do sujeito passivo. Lembre que é um mandado, o qual exige um coator (por omissão ou por negação do direito). Ora, se o impetrado for o que deve executar o direito concreto, como seria ele a parte passiva se não cometeu ilegalidade (figura similar ao mero executor) e não deu causa à omissão? Se o legitimado for o legislador, como se pode ver coerência entre a causa de pedir e o pedido (a causa de pedir é uma omissão abstrata – isonômica, impessoal, igualitária - e o pedido é o exercício do direito concreto – casuística, pessoal, parcial, dependente de prova)? Também, como visto, a *hermenêutica da criação* tem

221 Não vamos tecer considerações sobre a evolução histórica do mandado de segurança e da presença do *habeas corpus* na construção nesta tradição.

222 H. von Wedel. *Das Werfahren der demokartischen Verfassungsgebung*. 1976, p. 85 e ss.

223 No Supremo Tribunal o mandado de injunção 431,

224 In *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 450.

225 In *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data (Constituição e processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 133.

liberdade alargada para dar concretizações as mais diversas possíveis226.

A terceira posição227 é a defesa da atuação do judiciário como legislador positivo228 em nome do princípio da igualdade229. Parte ela da falha conclusão de que a igualdade só se realiza com sentença legiferante. O que não é correto. *Esquece,* ou melhor, investe sobre o *núcleo duro* de um princípio (o da separação dos poderes, independentes e harmônicos) para salvaguardar outro. *Esquece* que na *hermenêutica da criação* a própria lei dada pelo judiciário passará a ser mero texto normativo e será interpretada, com amplitude, no momento de sua recriação aplicativa. Assim, não consegue sequer a realização do princípio que elege como preponderante.

Nos MI's/STF 543 e 562 o aspecto positivo é a possibilidade de que o Supremo Tribunal retire a limitação da eficácia do dispositivo constitucional transgredido pela omissão. Entretanto, nestes casos, o raciocínio é mais simples, isto porque ali se tratou de questão patrimonial de direito pretérito. Quando se trata de exercício futuro de direitos a questão é mais complexa.

Vejamos agora a alternativa *criativa230* de Pires Rosa231. Reduzindo a legitimação à uma *cidadania de interesses*, diz que a injunção é impetrada pelo titular do direito concreto ofendido, o qual pede que o tribunal que atue de forma *semelhante* ao legislador e expeça regras gerais, uma atuação materialmente legislativa. A sentença teria eficácia *erga omnes*, como *teria* uma lei. A decisão deve ser comunicada ao parlamento e sua eficácia permaneceria suspensa por um ano. Tal comunicação mostraria ao legislador que deixou de cumprir com sua missão constitucional e que, após um ano, passariam a valer as regras estabelecidas pela Corte. A *lei expedida pelo judiciário* estaria *legitimada* porque o legislador estaria *consciente* dos efeitos da permanência de sua inércia, sendo dada a continuação desta "pode pensar-se que a opção do parlamento ... é o resultado de uma *opção política* e de uma atitude consciente. Porque se pode entender licitamente que se o legislador não atua é porque aceitou a interpretação constitucional feita pelo tribunal ... e, portanto, sua atuação resulta desnecessária ... sua passividade ratifica, ainda que implicitamente, a lei expedida pelo Tribunal"232. A decisão do Tribunal que

---

226 Não vamos discutir aqui as possibilidade e os limites de uma uniformização.

227 No Supremo Tribunal Federal é a posição do Ministro Néri da Silveira, agora retomada no MI 712.

228 Valeschka e Silva Braga. In *A omissão legislativa no Brasil e no Direito Comparado*. Conferência apresentada em 29.03.05 no *Master em Direito Público* da Universidade Paris XI – Sceaux, Faculdade Jean-Monnet: a autora aponta como avanço o art. 336, 7, da Constituição da Venezuela de 1999. Entretanto a autora descontextualiza aquela Carta da realidade de ofensas à democracia naquele país, onde existe evidente redução dos poderes do legislativo.

229 Vicente Greco Filho. *Tutela constitucional das liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184.

230 Embora tal concepção aproxime-se muito da Constituição de Veracruz – México, ano de 2000 – (arts. 56 e 64), bem como da justificação que a doutrina deu a estes artigos. A respeito vide Carlos Báez Silva. *La omisión legislativa e su inconstitucionalidad em México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Disponível na Biblioteca Jurídica virtual da UNAM.

231 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*, p. 383 ss.

232 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*, p. 390-391.

edita a lei é jurídica e política, sendo uma de tantas possíveis. Caso o legislativo venha a legislar tardiamente fará uma *correção da decisão da corte*. Anota que se a Corte desse eficácia concreta ao direito em um caso específico se estaria admitindo que a corte atuasse como substituta a um tempo do legislador e do poder judicial. E arremata: "esta posição supera ao menos *parcialmente* a crítica de que o Tribunal estaria usurpando a competência do legislador"233.

Elabora o autor essa proposta sob o *fundamento* de que o jurista de hoje não pode compreender a magnitude da vida do Estado como se vivesse nos tempos de Montesquieu. Para ele a mudança foi no fato de que a função básica do Estado era a de proteger alguns valores inerentes ao indivíduo que preexistiam à organização estatal, agora este indivíduo só existe no Estado234. Esta conclusão é no mínimo precipitada. Não há nada mais indefinido que esta questão entre indivíduo, comunidade e Estado. No encontro organizado na *Akademie der Künste und Wissenschften* de *Francoforte* sobre *Gemeinschaft* (Comunidade) *und Gerechtigkeit* (Justiça) viu-se o confronto da filosofia ético-política americana e a alemã. MacIntyre, Sandel, Taylor, Bellah, Nussbaum, Walzer e Rorty, colocaram à filosofia, dedicada sobretudo à definição dos princípios, questões inquietantes sobre *bem e a felicidade* concretamente realizáveis na vida em comum dos homens. Enquanto isso Alex Honneth, Hans Jonas, Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas e Albercht Wellmer trabalham a questão tendo em conta o universalismo do justo e da democracia e o indivíduo235.

Além da crítica acima, podemos tecer outras. De fato, tal forma de atuar só é *semelhante* a de legislador e a sentença só *seria como se fosse* uma lei porque lhe falta o essencial: a legitimidade. A atuação do tribunal para conceder o direito concreto é menos ofensiva que a proposta do autor de um judiciário como legislador positivo (vide nossa conclusão). A proposta é repleta de argumentos falhos e invade de forma explícita o poder legislativo. Não basta utilizar palavras como *semelhante*, *parecido*, etc., para denotar algo menos ofensivo. A negativa de ofensa a princípios é meramente retórica236. Ademais, comunicar ao legislador a mora e tirar daí os seguintes efeitos é *criação sem qualquer suporte na constituição*: comunica sem mandar legislar (prefere usurpar competência a fazê-la realizada); suspende a eficácia da decisão por um ano (quem autorizou o Tribunal a suspender, o que em realidade ocorrerá, os direitos fundamentais por um ano?); a lei do tribunal estaria legitimada porque o legislador, que permaneceu omisso, a aceitou e a ratificou tacitamente (não há em nosso sistema a figura de um processo legislativo tático. O Poder Legislativo não tem competência para abrir mão de suas

233 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*, p. 392.

234 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*, p. 454.

235 A exemplo vide Vanna Gessa Kurotschka. *Deontologi e comunitari em Germania: un convegno a Francoforte*. (Insegna Antropologia Filosofica nell'Università di Cagliari).

236 Havíamos pensado nesta hipótese. Em debates com a Dra. Kátia Maria Alencar e o Dr. Sandro Matheus, percebemos que estávamos criando uma ilusão e, como tal, não é admissível a não ser em discursos estratégicos.

competências – exceto lei delegada. Ora, com base nestes argumentos do autor poder-se-ia pensar que um decreto ou portaria inconstitucionais - porque inovam no ordenamento legislando, em sendo comunicados ao legislativo passariam a ser constitucionais pela simples publicidade das mesmas associada a uma omissão do poder competente. Isto é impensável. Também o vício de iniciativa de lei estaria resolvido se a autoridade competente e ciente permanecesse inerte.); a lei dada pelo Tribunal é derivada das concepções jurídicas e políticas do mesmo, sendo, portanto, uma escolha dentre as diversas possibilidades (a sociedade já tem que conviver com as interpretações condicionadas pela política jurisdicional – preservação da operatividade do poder -, sendo que agora passaria a conviver com a jurisdição política). Por fim, se o legislativo edita lei tardiamente fará uma *correção da decisão da corte* (além de ter criado a figura da *licitude da usurpação parcial de competência*, *criou* mais uma competência – a da correção legislativa das decisões judiciais).

6. NOSSAS DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA NÃO VIRAM O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO POTENTE INSTRUMENTO DE CIDADANIA DEMOCRÁTICA.

Seção 1.02 ***Lembremos*** **Gadamer: "uma das concepções fundadas na moderna hermenêutica é que todo enunciado deve ser considerado como uma resposta a uma pergunta e que a única via de entendê-lo consiste em fazer a pergunta da qual esse enunciado é uma resposta237. Esta questão prévia tem sua própria direção de sentido e não pode ser formulada a partir de uma trama de motivações situadas em segundo plano."238. Uma pergunta essencial é saber porque aquele enunciado se apresenta daquela forma, porquanto, se o enunciado é, também, uma pergunta, tem-se que saber o que se esconde por detrás dela239. Um sujeito que tem ínsita a capacidade de suspender seus pré-conceitos através de perguntas certas dirigidas a um enunciado tem que desenvolver, na chamada cultura dos sentidos e no designado senso histórico, uma abertura em face da tirania dos sentidos e um comportamento reflexivo diante da tradição.**

Portanto, a competência hermenêutica para a formulação de perguntas é que deveria ser desenvolvida pelos neo-gadamerianos. Entretanto, a preocupação foi retirar a norma de seu *status*, colocando-se-lhe a culpa pelas insuficiências do positivismo normativista. Veja-se, por exemplo, como as pré-compreensões derivadas da tradição jurídica acerca do instituto conduzem a

237 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método, II*, p. 66-67: todo enunciado tem pressupostos que ele não enuncia porque ele é uma resposta a uma pergunta, ou seja, a motivação do enunciado se mede nas perguntas. Ora, não se compreende o enunciado caso não nos pautemos nas perguntas que ele responde. O decisivo seria, então, "ver as perguntas. Ver perguntas significa, porém, poder-romper com uma camada, como que fechada e impenetrável, de pré-conceitos herdados, que dominam nosso pensamento e conhecimento".

238 Hans-Georg Gadamer. *A Razão na Época da Ciência*, p. 71-72.

239 Hans-Georg Gadamer. *A Razão na Época da Ciência,* p. 73.

uma resposta necessária (a por nós já *lembrada* vontade do intérprete como substitutiva da vontade do legislador): "a pergunta está intimamente ligada à finalidade do mandado de injunção. Deve a Corte simplesmente comunicar ao parlamento a existência da omissão legislativa inconstitucional? Deve ordenar ao parlamento que legisle? Deve elaborar a norma que falta para dar eficácia ao direito constitucional? Deve criar as condições materiais para o exercício dos direitos nos casos concretos ou suas decisões devem ter efeitos *erga omnes*? Em todas essas questões não existe consenso"240.

Lembre-se que as perguntas tal como formuladas geram o que se poderia chamar de *círculo vicioso* porque não atendem ao essencial: "o círculo encerra em si uma autêntica possibilidade do conhecer mais original, que só apreendemos corretamente quando admitimos que toda interpretação tem por tarefa primeira, permanente e última não deixar que seus conhecimentos e concepções prévios se imponham pelo que se antecipa nas instituições e noções populares, mas assegurar o seu tema científico por um desdobramento de tais antecipações segundo as 'coisas mesmas'"241. Este seria o *sentido ontologicamente positivo* do círculo hermenêutico.

Daí que alerta Aroso Linhares que o perigo de um *círculo negativo* a partir de uma patologia de perversão-colonização em uma perturbante redução estratégica dos papéis e da própria urgência decisória, resultando na distorcida relação entre argumento e *praxis* jurídicas (o perigo contextual de degradação sistêmica)242. Este é o diagnóstico gadameriano dos reflexos perversos do uso de sua teoria, quando não se atenta para o ponto central de sua doutrina.

7. UM MODELO RECONSTRUÍDO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.

Temos uma proposta para *o mandado de injunção, como potente instrumento de defesa da constituição e da democracia*. Nesta acepção o mandado de injunção é visto como instrumento de cidadania e não de defesa de interesses dos indivíduos, subjetivos, concretos. *É ação de defesa da constituição e não para o exercício imediato de direitos, os quais devem ser buscados pelas vias ordinárias* (não provê a pretensão concreta, embora o provimento proposto neste estudo permita o exercício imediato dos direitos, inclusive do impetrante, por repercussão lógica). Isto faz com que a ação não fique jungida por prazos para tornar possível exercício de direitos particularizados. Como dito, isto nos exigirá reconstruir o conceito de democracia a partir dos princípios da *solidariedade* de Jürgen Habermas e da *responsabilidade* de Hans Jonas **(a)**.

Nossa proposta é a seguinte. Ao receber o mandado de injunção

240 André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324.

241 Hans-Georg Gadamer. *O Problema da Consciência Histórica*, p. 60-62.

242 José Manuel Aroso Linhares. *Habermas e a Universalidade do Direito: a 'reconstrução'de um modelo 'estrutural'.* Coimbra: Coimbra, 1989, p. 160-161.

contra omissão na edição de lei pelo Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, verificando a excessividade do tempo (esta questão já é objetiva, porque transcorridos 18 anos da edição da Carta) sem que o poder competente tenha legislado, dá realidade ao preceito constitucional originário (o direito fundamental em si), retirando a restrição (limitação – "nos termos da lei") que foi atribuída ao poder constitucional derivado (delegação não exercida). Ou seja, declara a plena eficácia da norma constitucional. Uma segunda declaração é necessária: a de mora (tempo excessivo) e a de urgência (constituição obstada na sua força normativa), tendo como conseqüência lógica a injunção para que se legisle no prazo de 120 dias243. Não legislando no prazo, o Supremo Tribunal Federal irá declarar os princípios aplicáveis para o exercício do direito. Isto estabelecerá fronteiras (segurança jurídica) para seu exercício e atuação e controle jurisdicional. O caso julgado é *erga omnes*, não havendo interesse (necessidade) de outras ações abstratas para o exercício do direito constitucional, porquanto já tornado eficaz.

Esta solução preserva a idéia reguladora da democracia, no sentido de que um Poder não invada atribuições de outro Poder244; dá efetividade à constituição, a qual vinha sendo usurpada pela omissão do legislador; faz a mediação entre as chamadas liberdades dos antigos e dos modernos; e, por fim, trabalha com conceitos científicos e nos limites da Constituição. Para isso ser provado necessitamos demonstrar que as normas constitucionais dividem-se pela sua universalidade e a-historicidade (poder tipicamente originário) e contextualidade (atribuição para regrar o uso do direito), podendo a Corte Constitucional atuar sobre estas em defesa daquelas **(b)**. Também será preciso evidenciar que a declaração dos princípios pelo Supremo Tribunal não se confunde com uma ação típica de legislador positivo, porquanto os princípios têm caráter supra-positivo, incondicionado e têm limites no sistema constitucional **(c)**. Por último, demonstraremos que o não cumprimento da injunção leva, por si só, a *sanções, no sentido próprio* que lhe deve ser dado no âmbito dos mandados de injunção. Assim, ter-se-ia uma sanção imediata (a eficácia plena do direito tipicamente originário sobre o poder delegado não exercido) e uma mediata (o exercício dos direitos a partir e nos limites dos princípios faz com que a representação parlamentar omissa seja, temporariamente, reduzida) **(d)**. Demonstraremos, no final, que esta é a saída que melhor realiza os critérios hermenêuticos da proporcionalidade e da ponderação **(e)**.

a. O conceito de democracia a partir dos princípios da solidariedade de Jürgen Habermas e da responsabilidade de Hans Jonas.

Comecemos com o próprio Gadamer. O Estado Moderno, assim como os demais, repousam em uma invariável condição básica: *a condição de*

243 Utilizamos o prazo dado ao Legislativo para apreciação de Medidas Provisórias.

244 O que nos permite superar a declaração incisiva de *Keith S. Rosenn*. Diretora do Programa *Foreign Graduate Law* da Universidade de Miami: "não existe possibilidade nenhuma deste funcionar sem violar, drasticamente, o princípio da separação dos poderes".

*solidariedade*245, este é um elemento comum e que deve estar supraentendido para tornar possível a tomada de decisão que todos consideram boas no âmbito da vida moral246.

Habermas vê no direito uma espécie de estimulador de condutas em prol da solidariedade que prega. Como a atividade legislativa só se legitima pelo processo do acordo mútuo entre os cidadãos do Estado, inclusive quanto ao estabelecimento de regras de convívio entre eles, forma-se um paradoxo: acordo mútuo frente as liberdades subjetivas públicas. Tal paradoxo, segundo Habermas, só se dissiparia se "a cultura política dos cidadãos os predispõe a não insistir em assumir uma postura de integrantes do mercado interessados em si mesmos e voltados para o sucesso, mas sim também fazer uso de suas liberdades que se volta ao acordo mútuo no sentido kantiano de um 'uso público da razão"247. Apel afirma que uma configuração normativa da vida individual e coletiva estaria em uma espécie de *moral radicada na racionalidade e partilhada por todas as pessoas, uma moral autônoma, imparcial e crítica*. Estaríamos, portanto, fundando um Estado de Solidariedade fundado na Democracia248.

Neste Estado torna-se essencial o *sentimento de responsabilidade249*. Nele os direitos fundamentais, de liberdade, de cidadania tornam-se bens e o dever passa a ser aquilo que a intelecção mostrou que é digno de existir por si mesmo e necessita da nossa intervenção250. Para Hans Jonas, existe em Kant uma compensação para seu formalismo com a inserção de um princípio material da conduta: "o respeito pela dignidade das pessoas, pois elas são fins em si mesmas"251. Não se trata da responsabilidade *ex post facto* (típica da sanção penal ou moral e da reparação civil), mas da determinação do que se tem a fazer porque o objeto reivindica o agir252: "a responsabilidade é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se torna 'preocupação' quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade"253.

Rusconi afirma que a democracia laica possui uma própria e autônoma estrutura de valores comuns da vida coletiva e que deve ser oposta às chamadas verdades mais altas. São elas: *a lógica* da manutenção da paz (Estado), da garantia da liberdade (Estado constitucional) e da garantia da

---

245 Hans-Georg Gadamer. *El Giro Hermenéutico*, p. 184.

246 Hans-Georg Gadamer. *El Giro Hermenéutico*, p. 185.

247 Jürgen Habermas. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, p. 302.

248 Karl-Otto Apel. *A Ética do Discurso diante da Problemática Jurídica e Política: as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política podem ser justificadas normativa e racionalmente pela Ética do Discurso?*. In *Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia.* In MOREIRA, Luiz (org.) *Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 105-143, p. 146-147.

249 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 157.

250 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade*, p. 156.

251 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade*, p. 163.

252 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade*, p. 167.

253 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade*, p. 352.

justiça e da solidariedade como igualdade de liberdade (Estado constitucional democrático). O laico não se limitaria a afirmar o princípio da tolerância, mas exige um vínculo recíproco sobre o qual se constitui uma comunidade política254. Os membros de uma comunidade política organizada segundo a lógica do *patriotismo constitucional* se reconhecem como sujeitos de direitos que se referem antes de tudo ao universalismo da democracia e dos direitos do homem255.

Habermas defende um tipo de lealdade não estribado unicamente em características culturais comuns, mas que, ao contrário, esteja relacionado a princípios universais e institutos jurídicos consagrados nas constituições contemporâneas. Assim, tal vetor de unificação "se transforma em torno de certos princípios morais e políticos de base, tais como o princípio da democracia e o princípio dos direitos, etc."256. Essa é a verdadeira consciência histórica da responsabilidade, deferida a todos os portadores de uma face humana. Nessa democracia a responsabilidade é em face da constituição e não apenas voltada para meros interesses, onde se configura a tensão entre o universalismo do Estado de direito e da democracia e dos particularismos (contextos progressivos)257. O mandado de injunção é a ação típica para exercitar e desenvolver essa democracia.

b. Demonstração que as normas constitucionais dividem-se pela sua universalidade e a-historicidade (poder tipicamente originário) e contextualidade (delegação para legislação para regrar o uso do direito), podendo a Corte Constitucional atuar sobre estas em defesa daquelas.

No MI 712 foi ratificado o entendimento de que o art. 37, VII, da Constituição tem eficácia limitada258, porque depende de edição de ato legislativo à plena concreção do preceito constitucional.

O mandado de injunção tem como objeto a ofensa (tornar inviável o exercício), pela omissão legislativa, a direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania259 (art. 5o,

---

254 Martin Rhonheimer. *Laici e cattolici: oltre le divisioni; reflessioni sull'essenza della democrazia e della società aperta*. In Fondazione Liberal, Roma: n. 17, 2003, pp. 108-116. Disponível em < www.liberalfondazione.it>.

255 Jürgen Habermas. *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*. Paris, Gallimard, 1997, p. 139-140.

256 Charles Taylor. *Quel príncipe d'identité collective?.* In Jacques Lenoble et al (org). L'Europe au soir du siécle. Identité et démocratie. Paris: Éditions Espirit, 1992, p. 60.

257 Jürgen Habermas. *Conscience historique et identité posttraditionnelle*. In Écrits Politiques. Paris: Flammarion, 1999, p. 296-301.

258 Só as normas de eficácia limitada estão em questão, porquanto as de eficácia plena e contida produzem efeitos com a entrada em vigor da Constituição.

259 **Importante questão**. Então a primeira pergunta é do congruência entre o direito pretendido e o exercício dos direitos e liberdades fundamentais ou das prerrogativas de nacionalidade, soberania e

LXXI). Segundo o parágrafo segundo do mesmo artigo, "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Isto nos faria falsamente pensar que a mora legislativa para direitos e garantias fundamentais seria irrelevante, porquanto têm eles aplicação imediata. Entretanto são coisas distintas a *aplicação imediata* e a *inviabilidade do exercício*. Exatamente porque têm *aplicação imediata* é que o mandado de injunção é manejável (caso contrário haveria carência de ação por ausência do direito). A *inviabilidade do exercício* é do tipo: como fazer? a quem exigir? qual a forma de realização dos direitos fundamentais?

Por isso, deve-se separar as normas constitucionais que têm valor intrínseco (universais e pétreas) daquelas meramente históricas (que não resistem às mudanças severas de contextos). Para Joachim Ritter, Aristóteles entende como bem supremo do homem aquela condição de vida na qual a natureza humana alcança a realização enquanto poder-ser do homem na sua *praxis* e na sua conduta de vida (bios). Aristóteles não parte da natureza humana para estabelecer de que modo a natureza deva ser realizada, mas volta-se, ao invés, à sociedade e à ordenação política260. O problema do significado desta passagem da natureza para a sociedade é um tanto difícil. É a *polis* que requer a teoria do *homem como ser* como sua expressão racional: na sua particularidade e na limitação de sua realidade histórica se oculta um princípio universal; essa é a sociedade que – pela primeira vez na história – tem por conteúdo o *ser-homem do homem*; a filosofia descobriu a sua substância universal e o seu conceito trouxe à luz o núcleo escondido embaixo da 'casca' do particular e do histórico. A fama e a tragédia da *polis* é só a manifestação da tensão entre o conceito universal de *polis* conseguido pela filosofia e a limitação da realidade política261.

Segundo Apel, "o *a priori* como eu pensei era ainda, mas não somente *faticidade-a-priori* (no sentido de Heidegger e Gadamer). Ele não se referia somente a uma particular comunidade tradicional, como a *faticidade-a-priori* do

---

cidadania. Por exemplo, o caso do MI 721, onde se reclama ausência de norma que permita o exercício de aposentadoria especial de que trata o art. 40, parágrafo quarto, da Constituição. Decerto que não se pode dizer que o exercício de aposentadoria (o direito em si, não o tempo razoável para aposentação) está obstado, mas um exercício especial, diferenciado, de exceção à regra. Não há que se falar em ofensa, nem indireta, a qualquer direito fundamental (universais) ou de nacionalidade, cidadania ou soberania. Trata-se de política previdenciária, norma de natureza histórica, presa a contextos e possibilidades econômicas, a avanços da medicina, etc. Neste sentido concordamos com o parecer do Procurador Geral da República: "faculdade do poder público. O juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei ... sob pena de invasão desautorizada da esfera de atuação dos demais poderes da República". Aqui, com Habermas, verifica-se que o mandado de injunção só seria possível se a ausência de lei invadisse as esferas de liberdades, direitos fundamentais e cidadania. Por exemplo: a reserva por lei de percentual de cargos públicos a portadores de deficiência (art. 37, VIII, da CF). A sua ausência impede o exercício mínimo de *igualdade de acesso*, portanto fere o direito fundamental da democracia (a igualdade). O outro exemplo é o do MI 712. O direito de greve é direito de cidadania, de uma democracia normalizada. Trata-se do direito de resistência contra ações ilegítimas sobre as esferas de direito. Para Habermas: "todo Estado democrático de direito que está seguro de si mesmo, considera que a desobediência civil é uma parte componente normal de sua cultura política, precisamente porque é necessária" (*La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de Derecho*. In Ensayos políticos. Barcelona: Península, 2002, p. 75). Por simples repercussão lógica, esta democracia segura não pode transformar, pela omissão, um direito constitucional em desobediência.

260 Joachim Ritter. *Metafisica e Politica*. Genova: Marietti, 1997, p. 61.

261 Joachim Ritter. *Metafisica e Politica*, p. 63.

comunitarismo"262. Pensar a norma politicamente relevante como dependente da tradição particular de uma comunidade (*faticidade-a-priori*) é reduzir o problema à sua origem histórica. Deve-se fazer a distinção entre princípios universais de justiça e a forma pluralística das visões de bem. Para Kant, por exemplo, os princípios da liberdade, da igualdade e da autonomia do cidadão não são leis de um Estado já estabelecido, mas são as leis sob as quais é possível estabelecer um Estado263.

A forma de governo pode mudar, mas seu princípio político não. Este princípio consiste no fato de que a *polis* é composta por cidadãos; é um Estado civil, porque as suas partes e os seus membros são cidadãos. Cidadãos são aqueles que fazem parte da cidade como membros com plenos direitos políticos. O papel dos cidadãos consiste essencialmente na ativa participação da administração, da jurisdição e da legislação. Mas a condição de possibilidade desta teoria universal continua a ser o princípio da liberdade. Sob o plano político isso significa que o ordenamento jurídico-constitucional da cidade deve garantir as liberdades264. Mas este senso político da liberdade não é por sua vez fundado como tal em termos políticos. Trata-se do *ser-livre*. Isto não requer uma metafísica porque "o 'ser-em-si' do bem ou do valor significa pertencer ao reino do Ser (não necessariamente pertencer à atualidade particular do existente), o que faz com que a axiologia se torne parte de uma ontologia"265.

Os direitos fundamentais existem porque são uma identidade procedural desvinculada da própria base histórica, ou como diz Habermas, a visão bíblica da salvação também significa a libertação coletiva de situações de miséria e opressão e, "portanto, junto ao elemento místico contém também um elemento político"266 frente a demanda de uma justiça universal. A legitimidade encontra, portanto, duas respostas: "o princípio da soberania popular estabelece um procedimento. Este princípio traduz-se em direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Já os direitos humanos clássicos, que asseguram a vida e a liberdade privada, fundamentam, por si mesmos, um domínio legítimo de leis. Sob esses dois pontos de vista normativos, o direito produzido deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos"267. A adesão aos princípios universais seria fruto de uma consciência histórica dos erros e catástrofes. Haveria distinção entre "a ordem jurídica da comunidade

---

262 Karl-Otto Apel. *Das Anliegen des anglo-amerikanischen 'kommunitarismus' in der Sicht der Diskursethik. Worin Liegen die "Kommunitären' Bedingungen der Möglichkeit einer postkonventionellen Identität der Vernunftperson?*, p. 3.

263 I. Kant apud Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 21.

264 Joachim Ritter. *Metafisica e Politica*, p. 65.

265 Hans Jonas. *O Princípio da Responsabilidade*, p. 149.

266 Jürgen Habermas. *Un dialogo sobre lo divino y lo humano*. In Israel o Atenas. Madrid: Trotta, 2001, p. 172.

267 Jürgen Habermas. *Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos*. In Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC. Rio de Janeiro (17) ago/dez 2000, p. 190-208, p. 193.

política e a ordem cultural, histórica e geográfica das identidades nacionais"268.

O movimento no qual o particular alcança a sua destinação é justamente o movimento no qual se realiza o universal. O universal sem o "este" (transitório) não tem nenhuma realidade, o "este" (transitório) sem o universal não tem nenhum ser. Quem não compreende esta dialética da unidade, optando por uma dialética da separação, tem que renunciar ao universal ou ao particular269. Portanto, uma norma fundamental precisa de um 'este' para tornar-se realidade em um momento histórico. Embora precise dele não se subordina a ele, porque ela é universal e o complemento é o transitório instrumental. Não compreender isso é tornar pétreo o que não é, impedindo mutações constitucionais essenciais por deficiência hermenêutica. Assim, a norma do art. 37, VII, tem um universal (o direito de greve como tradução da liberdade e do direito de resistência) e um transitório instrumental (nos termos da lei). Da mesma forma, o art. 37, VIII, tem um universal (a reserva de cargos para deficientes como tradução da *igualdade de acesso*) e um transitório (a definição do percentual reservado por lei). Compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*). Portanto, a defesa é a da primazia do universal sobre o transitório, o que implica em dizer que se deve remover a limitação da eficácia, tornando-a plena. A lei apenas organiza os princípios contidos nas normas constitucionais270.

Os direitos fundamentais, as liberdades e aqueles que se achegam a eles por força da democracia (p. ex. a cidadania) são, tomando a precisa denominação formulada por Robert Badinter271, *l'horizon moral* para a formação de uma cultura da humanidade. Como lembra Ortega y Gasset, desde a escola historicista alemã a palavra cultura degenera semanticamente, chegando a significar o modo de ser de um povo, qualquer que seja esse modo. Convém recordar que antes 'cultura' significava somente um modo único e *exemplar* de humanidade272.

c. Evidenciação que a declaração dos princípios pelo Supremo Tribunal não se confunde com uma ação típica de legislador positivo.

Iniciemos com uma lembrança gadameriana. Para ele a razão humana está sempre em uma tensão entre as tentações e a obrigatoriedade dos

---

268 Justine Lacroix. *Patriotisme constitutionel et identité postnationale chez Jürgen Habermas*. In Rainer Rochlitz (dir.), Habermas. L'usage publica de la raison. Paris: PUF, 2002, p. 133-160: p. 134.

269 Joachim Ritter. *Metafisica e Politica*. Genova: Marietti, 1997, p. 83.

270 Caio Tacito. *Les nouvelles garanties.* In La nouvelle République brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988. Actes du Colleque octobre 1989 au Sénat (Paris). Collection droit public positif. Paris: Economica, 1991, p. 193.

271 Robert Badinter. *Conclusion* à La Déclaration universelle des droits de l'homme. Textes rassemblés par Mario Bettati et al. Paris: Gallimar, 1998, p. 159.

272 José Ortega y Gasset. *Europa y la idea de nacion.* Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 66.

deveres reconhecidos. O homem, reconhece Gadamer, tende a inclinar-se ao *demasiado humano*, ao que chamou de *dialética da exceção*273. A dialética da exceção entra em jogo quando se confrontam com nossas inclinações e desejos ocultos o que se pode chamar de *exigências irritantes*. Neste instante o homem se pergunta se "o caso não será excepcional"274. E complementa Gadamer: "de modo que, com segurança, nossos interesses sempre nos recomendam que ponhamos em dúvida a validez normativa, aplicando a dialética da exceção"275.

A abertura do sistema jurídico a princípios é o mero desvelar do que já ocorria com a aplicação do direito, elemento que Kelsen deixou sem trato científico por sua incontrolabilidade. A inserção dos princípios e do justo no sistema do direito fez com que a doutrina passasse a tratá-los de forma científica. Assim, para teorias como a gadameriana, princípios funcionam como critérios de controle. De acordo com a teoria da coerência normativa de Neil MacCormick, os princípios jurídicos apoiam e explicam uma série de regras jurídicas e as tornam coerentes276.

Para Kant os princípios (*Grund*) remetem ao conceito de causalidade. O princípio é conceito de relação, sendo aquilo do qual uma coisa procede de maneira totalmente necessária ou segundo regras universais277. Assim, as normas jurídicas estariam neles fundadas. Os princípios jurídicos supra-positivos são pré-positivos, porquanto precedem ao direito positivo e lhe emprestam a legitimação necessária. Para Hermann Heller são princípios éticos do direito e normatividades extrajurídicas. Uma parte deles tem natureza apriorística e outra está vinculada ao contexto cultural. Atuam como fontes e como *orientação* do direito positivo278.

Para Ronald Dworkin os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não se encontram expressos no texto legal, devendo orientar a decisão judicial279. Para Jeammaud os princípios aplicáveis nas decisões judiciais são descobertos no ordenamento positivo. A positivação dos princípios pela decisão judicial obedece aos seguintes métodos: resgata os princípios do universo do direito natural ou é conseqüência da descoberta dos mesmos no interior do direito positivo, esta última como idéia da não transcendência dos

---

273 Kant chama a isso de *sofística da paixão*.

274 Hans-Georg Gadamer. *Acotaciones Hermenéuticas*, p. 16.

275 Hans-Georg Gadamer. *Acotaciones Hermenéuticas*, p. 16.

276 Aleksander Peczenik. *Derecho y Razón*. México: Fontamara, 2003, p. 60.

277 Immanuel Kant. *Realidade e Existência: lições de metafísica.* São Paulo: Paulus, 2002, p. 55.

278 Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 179.

279 *Law's Empire*. Cambridge, 1986, p. 3 ss: embora seja prudente confrontar os princípios não positivados com o sistema constitucional de direitos fundamentais. Tal é a vontade de nossa Constituição: Art. 5o. "parágrafo 2o. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ..."

princípios280. Os princípios seriam vistos como uma premissa das normas ou como conseqüência das mesmas. O que se altera é o processo: indutivo ou dedutivo281. Os princípios fortes seriam conhecidos por evidência analítica, enquanto os princípios fracos por evidência empírica, por convenção ou por inferência282. Como explica Vigo, os princípios fortes seriam os pré-constitucionais ou supraconstitucionais, enquanto os fracos seriam aqueles apreendidos do ordenamento283.

Princípios são normas imperativas, preceptivas e cogentes, que vinculam toda interpretação do ordenamento jurídico; "*são o alfa e o ômega do ordenamento jurídico*"284. Por serem eles mandados de otimização, que emprestam "*coerência geral ao sistema*"285, são vistos como verdadeiro "*direito constitucional supralegal positivado, que precede, em virtude de seu caráter incondicional, o direito constitucional, que é apenas positivo*"286. Têm os princípios, portanto, densidade normativa própria. Desfrutam, pois, de auto-aplicabilidade, "*exatamente porque prescindente da lei quanto às suas expressões ou manifestações conteudísticas*"; é uma *supernorma do direito agindo para a supereficácia da própria Constituição*287. Os *princípios* informam uma *"legalidade legítima*"288, eis que "*parece forçosa a uma moral distribuir direitos, porque isto está contido de antemão na idéia de uma moral, e se moral é uma moral do respeito igual, uma justiça igualitária com relação a direitos parece forçosa*"289.

Como visto, quer na fenomenologia dos gadamerianos quer no formalismo kantiano, princípios são princípios. O que se altera não é a universalidade290, mas a historicidade ou a transcendência. Passa-se do absoluto não para uma *relatividade histórica da verdade*, mas para uma *verdade relativa à história291*. Assim, a declaração dos princípios não é ato de criação típico de legislador positivo, mas ato de mera explicitação.

---

280 Ruy Samuel Espíndola. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 2002, p. 58-59.

281 J. Wroblewski. *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: UPV, 1989, p. 153 e ss.

282 G. Kalinowski. *Metateoría del sistema normativo.* Buenos Aires: EUDEBA, 1973, p. 160 e ss.

283 Vigo. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 87.

284 Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 258-261.

285 Robert Alexy *apud* Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 433-434.

286 Otto Bachof**.** *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina. 1995, p. 63.

287 Carlos Ayres Britto**.** *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 177-179.

288 Ronald Dworkin. *O Império da Lei.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 232.

289 Ernst Tugendhat**.** *Lições sobre Ética*. Rio de Janeiro: Petrópolis, Vozes, 2003, p. 385.

290 A crítica de que a universalidade em verdade é limitada à tradição heleno-judaico-cristã não nos parece correta, porquanto o fato de que as culturas do oriente não aceitem alguns é apenas um diagnóstico histórico.

291 Gianni Vattimo. *Diálogo con Nietzsche: ensayos 1961-2000*. Barcelona: Paidós, 2002, p. 71.

Quanto mais competente for o Supremo Tribunal Federal para explicitá-los, menores serão as transgressões pelas incompreensões derivadas da *anomia principiológica* (esta expressão meramente metafórica). Não se trata de pregar algo para o que nossa democracia não está preparada. Habermas constrói a noção do sujeito pós-convencional e o faz a partir de Kohlberg. Mas não pretendemos a passagem forçada para o estádio VI, *Princípios Éticos Universais*, onde as leis ou acordos sociais serão válidos porque se apoiam em tais princípios e a razão de agir conforme o direito dá-se porque o sujeito, enquanto pessoa racional, percebeu sua validade e comprometeu-se com eles292. Mas certamente é um primeiro passo contra a mera aceitação por autoridade (obediência e compensação), vista por Habermas como situação relativa a uma criança. Um homem pós-convencional de primeiro estádio adota uma perspectiva de princípios e orienta-se pelos princípios de justiça; já o de último estágio (são apenas dois) adota uma perspectiva procedural (*ideal role taking*) e orienta-se em função da fundamentação das normas (e dos próprios princípios). Entretanto, o que se prega aqui são princípios previamente explicitados por decisão judicial, verdadeiros limites que emolduram a ação.

d. Demonstração que o não cumprimento da injunção leva, por si só, a sanções, vista estas no sentido próprio dos mandados de injunção.

Como dito acima, nossa proposta tem como conseqüências uma sanção imediata (a eficácia plena do direito tipicamente originário sobre o poder delegado não exercido) e uma mediata (o exercício dos direitos a partir e nos limites dos princípios faz com que a representação parlamentar omissa seja, temporariamente, reduzida).

O Supremo Tribunal Federal decidiu no mandado de injunção 689, em 07/06/2006, que “o mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa. Mandado de injunção não conhecido”.

Como demonstrado anteriormente, o mandado de injunção não tem natureza nem cominatória, nem de concretização. Entretanto isto não significa que sanções fiquem adstritas às penas de multa e privativa de liberdade. Para que isto seja comprovado demonstremos um conceito de *sanção institucional293* que se dá entre Poderes que se devem equilibrar.

---

292 Jürgen Habermas. *Consciência Moral e Agir Comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 152-154.

293 Sanção institucional porque a pena é redução de poder, a não ser que se pretenda a imposição de pena restritiva de liberdade a cerca de 600 parlamentares pelo descumprimento de ordem judicial. E mais, quando a iniciativa de lei for de competência exclusiva do Presidente da República este seria o apenado, caso não remetesse o projeto de lei no prazo especificado, exculpando aqueles pela mora.

Segundo Bentham por detrás dos motivos estaria a sanção294. Nesta ordem de idéias sanção seria algo que nos impele: p. ex. o sentimento de culpa como coação moral interna; o desprezo como coação moral externa, as penas como sanção do direito. Os motivos advindos da ordem jurídica estariam ligados à dor e ao prazer que produzem295. Basta inserirmos o sentido epicureano de dor e prazer como fez outro utilitarista, Stuart Mill, para que se possa realizar uma mudança nos sentimentos, permitindo a visão da perda de poder como sanção. Trata-se de inserir algo mais que corporal ou patrimonial no âmbito das sanções jurídicas. As considerações prudenciais, segundo Epicuro, admitem a superioridade de ordem quantitativa dos prazeres da alma sobre os prazeres do corpo296. A sabedoria escolhe os prazeres que não geram dor ou perturbação para garantir a *aponía* (ausência de dor) e a *ataraxia* (ausência de perturbação)297. Não há como negar que em uma democracia, a perda de poderes por um Poder, ainda que temporária, seja uma sanção. Isto porque a omissão legislativa seria um mal de segunda ordem, porque se espalha para a sociedade civil298. Diante deste conceito alargado da dor (perda) é possível retornar a Bentham para asseverar que prazeres e dores de cada uma das fontes dão força obrigatória a qualquer norma ou regra de conduta.

Para Roger Cotterrell299 a sanção tem uma dimensão também sociológica. Assim, as condutas não seriam guiadas apenas por normas que impõem sanções, senão também por outras de reforço, porquanto se baseiam na ocorrência de desvantagens ou males. Assim, tem-se uma sanção por equiparação, tomando o conceito de Bobbio de que sanção se traduz por sua eficácia. Estamos trabalhando sobre o conceito de conseqüências não desejadas. Trata-se de medidas indiretas, porque se pode conviver com a repetição do comportamento, mas estes serão mais difíceis dadas as conseqüências desagradáveis300. A sanção serve para conservação do sistema, o que nos remete à conclusão que, vendo a legislação positiva feita pelo judiciário como sanção, esta seria uma distorção porque atenta contra o próprio sistema jurídico constitucional.

Nossa proposta seria mais adequada porque garante o exercício do direito constitucional sem que o judiciário atue como legislador positivo. Ao mesmo tempo, o significado simbólico, no bom sentido do termo, implica no próprio questionamento do Poder Legislativo. É que se passamos a agir por princípios a exigência de atividade legislativa passa a ser reduzida. Certamente

---

294 Jeremy Benthan. *Of laws in general.* Ed. H. L. A. Hart. London: Anthole Press, 1970, p. 68.

295 Jeremy Benthan. *Of laws in general*, p. 133.

296 André Laks. In Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Monique Canto-Sperber (org.).

297 Giovanni Reale e Dario Antiseri. História da Filosofia. V. 1. *Epícuro e a fundação do 'Jardim' (Képos).*

298 Jeremy Benthan. *Teoria das Penas Legais.* Leme: Edijur, 2002, p. 21.

299 Roger Cotterrell. The Politics of Jurisprudence. A critical introduction to Legal Philosophy. London and Edinburgh, Butterworths, 1989, p. 62.

300 Norberto Bobbio. *La función promocional del Derecho.* In Contribución a la teoría del Derecho. Alfonso Ruiz Miguel (ed.). Madrid: Debate, 1990, p. 381-382.

isto poderá, ainda que em prazos mais longos que os desejados, motivar o legislador a cumprir com suas atribuições constitucionais e ver que, nestes casos, não atua por conveniência ou oportunidade, mas por sobrevivência institucional.

e. Demonstração que esta é a saída que melhor realiza os critérios hermenêuticos da proporcionalidade e da ponderação.

Outro *esquecimento* importante. No MI 712, seu relator alega que para sair da ineficácia das decisões do Supremo em mandados de injunção dever-se-ia expedir decisões "que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão". Como visto na proposta acima, não é decorrência lógica da inocuidade de uma decisão a expedição de outra típica de legislador positivo. *Esquece-se* do critério hermenêutico (ou princípio como querem alguns) da proporcionalidade, o qual recomendaria, reflexivamente, outra saída possível.

Como lembra Margarida Maria Lacombe Camargo, "a questão hermenêutico-valorativa repercute praticamente na tensão existente entre segurança e justiça, concentrada que está no problema da aplicação dos princípios e que nos leva ao desafio de conjugarmos aqueles dois valores indispensáveis"301. Um requisito básico, mas não suficiente, seria, ao tratar do princípio da proporcionalidade, vendo-o como metaprincípio que relativiza a incidência dos demais, ter revelada a necessidade de decisões circunstanciadamente motivadas e demonstradas302.

Quando Aristóteles trouxe para a Justiça o conceito de proporcionalidade, que é uma forma objetiva de aferição de sua distribuição, não deixou ao desígnio individual a tarefa de definir a distribuição. Era, portanto, uma regra geral, "matematicamente" verificável. Como diz Ross, "mesmo à luz da renúncia de Aristóteles à sugestão de que um simples cálculo matemático poderia dizer-nos o que deveríamos fazer, é fácil darmo-nos conta de que, a seus olhos, conhecemos primeiro os extremos e deles inferimos o justo meio"303.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Gilmar Ferreira Mendes, sobre o princípio da proporcionalidade: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado," pelo que "um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do

301 Margarida Maria Lacombe Camargo. *Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica*. In: Hermenêutica Plural. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 383.

302 Margarida Maria Lacombe Camargo. *Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica*, p. 384.

303 Sir David Ross. *Aristóteles.* Lisboa: Dom Quixote, 1987, p. 202.

possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)"304. Instrumentos tais como a *"razoabilidade de fundamentos"*305 de Larenz; a inserção dos princípios da ponderação e da proporcionalidade, informando a necessidade de tentar, na medida do possível, não anular um princípio frente a outro. Para ele o princípio da proporcionalidade, que advém do pressuposto de Direito como sistema aberto a valores, emana das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, entre outros306.

O estudo da ponderação e da proporcionalidade é essencial, eis que a má condução destes dois princípios pode fazer soçobrar qualquer esforço hermenêutico, principalmente quando eles permeiam todo o processo de reconstrução, inserindo-se em diversas de suas fases. Assim, a *hermenêutica da criação*, que os insere, ora os *esquecem*, ora lançam-se em rota de colisão com os valores que pregam. A "teoria fraca dos princípios" de Alexy307 pode ser um bom começo de estruturação da reflexão jurídica. Sem metodologia poderá prevalecer o pragmatismo judicial e serão totalmente ineficazes as tentativas limitadoras da atividade judicial a uma moldura normativa, eis que princípios compõem a moldura e poderá ela ser ampliada e distorcida.

Para Margarida Camargo tem-se um "meta-princípio, à medida que orienta a aplicação dos demais, de conteúdo substancial, a promover a convivência da divergência", visando, portanto, "garantir a justa medida de aplicação dos direitos ou princípios que venham a incidir sobre o mesmo caso concreto"308. Destarte, não se pode negar vigência normativa a princípios constitucionais fundamentais. Trazemos à colação Paulo Bonavides309, que citando Zimmerli, dá o primeiro elemento do princípio da proporcionalidade: o da pertinência. Para ele, sua aplicação deve responder se uma medida é "o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público". Não se cumpriria um *fim baseado no interesse público* afastando valores basilares de uma sociedade que se diz democrática.

Como diz o publicista francês Xavier Philippe, "de dois males, faz-se mister escolher o menor"310**.** Portanto, nossa solução é a que melhor atende aos critérios eleitos pela própria *hermenêutica da criação ... e dos*

---

304 Excertos da monografia intitulada *"Direitos Fundamentais"*.

305 Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, p. 141.

306 Metodologia da Ciência do Direito, ed. de 1989, p. 585/586, e *Derecho Justo*, p. 144-145.

307 Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2001, p. 525: muito embora esta não pareça ser a posição do referido autor: "... la solución que, después de una ponderación, es considerada como correcta depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de la ponderación. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto".

308 Hermenêutica Plural. Eficácia Constitucional: uma questão de hermenêutica, Martins Fontes: 2002.

309 Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, p. 360.

310 Curso de Direito Constitucional, p. 361.

esquecimentos. Isto porque, lembrando J. J. Gomes Canotilho, optamos por seguir uma via que permita manter o difícil equilíbrio entre a atividade de *legislatio*, vedada aos tribunais, e a atividade de *jurisdictio* que ao mesmo é confiada, "na verdade a edição de normas por via jurisdicional e a revogação das mesmas normas por via legislativa suscitam delicados problemas de fronteira entre função legislativa e função jurisdicional"311.

8. CONCLUSÃO GERAL.

Não é verdade que Gadamer quer trazer significados, conceitos, para o presente, esquecendo o passado. O próprio Gadamer informa que Heidegger, embora não tenha sido o primeiro, deu-se conta da alienação objetiva que se produziu na linguagem escolástica da metafísica. É que a própria tradição trouxe consigo a alienação pela perda do sentido original dos conceitos312. Quando não sabemos os fundamentos do que falamos, como podemos questionar os próprios argumentos que tomamos do 'mundo da vida'? As distorções do entendimento vêm da distorção dos sentidos. A tese gadameriana é a da pré-compreensão, da forma como se dá a interpretação. A hermenêutica jurídica seria apenas um bom exemplo disso. Ao invés de desenvolverem-se elementos garantistas para uma hermenêutica jurídica que controlasse a subjetividade do intérprete, uma escola da ciência do direito trouxe Gadamer para flexibilizar o conceito de norma, *esquecendo* ou não dando atenção à descoberta essencial de Gadamer.

A recepção da Hermenêutica Filosófica tem vantagens evidentes, tal como a de por em evidência meros discursos que diziam perscrutar a vontade do legislador quando, em realidade, os elementos interpretativos eleitos acabam por traduzir a vontade do intérprete. Entretanto, a recepção linear acaba por gerar efeitos perversos, dos quais destacamos dois: a sobrecarga da legitimidade do Judiciário e o relativismo na aplicação do direito (pelos tribunais e pelo próprio cidadão). "O que devo fazer?". A pergunta tradicionalmente ligada aos problemas do agir moral agora está transferida para a norma jurídica. A descoberta da objetividade agora dá vez ao relativo do preenchimento de conceitos como regra. A norma que era paradigma de condutas corre o risco de passar a ser um elemento de reflexão como qualquer outro *topos* da interpretação. A certeza do agir, que antes estava reservada ao espaço público da sociedade como legisladora (pelas vias da representação), agora muda para a dúvida metódica que será resolvida apenas no âmbito da decisão judicial. Como diz Ingeborg Maus, a justiça como instância moral superior escapa a qualquer mecanismo de controle social, tendo "um direito superior, dotado de atributos morais, ao simples direito de outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos"313.

---

311 José Joaquim Gomes Canotilho. In Prefácio ao livro de André V. P. Rosa. *Las Omisiones Legislativas y sua Control Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

312 *Verdade e Método, II*, p. 422-425.

313 Ingeborg Maus. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade*

Há mudança do *locus* da norma, sem reparos no *locus* da legitimidade.

Passamos do diagnóstico da *hermenêutica da criação ... e dos esquecimentos* para demonstrar sua realização na *praxis* através do *holzwege* do mandado de injunção. Vimos como algo chega ao que não deveria ser, até ao ponto de ser descartável. Algo da maior dignidade, dada uma ampla legitimação ativa, passou a ser inócuo ou ofensivo à democracia. O mandado de injunção tornou-se um artefato, no sentido de uma conclusão enganosa derivada de ensaio científico ou de medição, e causada por problemas na aparelhagem empregada ou por ineficácia do método eleito314.

Os *esquecimentos* do passado talvez seja o responsável pela melancolia que tenta, por vezes, reavivar (ainda que inconscientemente) algo que historicamente foi abortado. A posição do judiciário como legislador positivo é uma delas. Ao contrário de ser uma inovação é um retrocesso pelo desequilíbrio que causa à democracia. Volta-se às chamadas *sentenças de regulamentação*. Como apontado por Deteix e Laurain315, "diferentemente das sentenças ordinárias ... as sentenças de regulamentação eram obrigatórias *erga omnes*; eram verdadeiros atos legislativos publicados em todo o domínio da Corte e deviam ser aplicados por todos". Isto remonta ao século XVI. Lembre-se das reações às práticas do judiciário francês pré-revolucionário. Por isso a Revolução Francesa elevou a princípios os seguintes: os juízes não podem legislar ou executar; os juízes seriam eleitos temporariamente; o juiz é a boca da lei.

É importante relembrar que quando o Supremo Tribunal Federal faz a lei, em sentido estrito, passa a ser legislador (edita a norma geral e abstrata), *executivo-judicial* (ordena sua imediata aplicação, sob as penas da lei) e juiz (de si mesmo. Esta norma não estará afeta a juízo de inconstitucionalidade pelos juízes naturais – que se a negarem serão passíveis de reclamação, impedindo-lhes o controle difuso de constitucionalidade). O controle abstrato de constitucionalidade estará, de forma anômala, julgado antecipadamente porque, quem deu a norma não poderá julgá-la inconstitucional. Isto em tese, porque na *hermenêutica da criação* nem isto está seguro, bastando mudar o contexto (mas quando se dá uma mudança de contexto?). É inimaginável a concentração de poderes e, em última instância, a indiferenciação das funções, colocando em risco a própria democracia tendo em vista a mutação do *judicial* para o *judicialismo*316, onde restam submetidas a liberdade e a autonomia ao

---

jurisprudencial na 'sociedade órfã', p. 187.

314 Dicionário Houaiss.

315 G. Deteix. *Les arrêts du Parlament de Paris*. Paris, 1930; A. Laurain. *Les arrêts de règlement du Parlament de Dijon*. Mém. Soc. Hist. Dr. Bourguignon, t. primeiro, 1938, p. 205-207. *Apud* John Gilissen. *Introdução Histórica ao Direito.* Lisboa: Caloute Gulbenkian, 2003, p. 394.

316 Apenas para que se entendam essas noções que inserem o sufixo ***ismo***. José Ortega y Gasset. *Europa y la idea de nacion.* Madrid: Alianza Editorial, 2003: "O '***ismo***' denuncia sempre um exagero e neste caso consistia em que cada nação não se contentava em sê-lo, senão que aspirava à máxima expansão de si mesma, e em muitos casos a tentar dominar as demais. Esse nacionalismo expansivo, esse nacionalismo 'para fora', levou a grandes lutas, ódios e fobias. Mas é interessante fazer notar que esses ódios e fobias tinham sua origem na luta por coisas concretas e precisas. Hoje (1951) cada povo quer viver seus próprios e particulares modos de vida e sente antipatia pelos demais. Isto

domínio dos que exercem indevidamente o monopólio da interpretação, dando a valores materiais próprios uma vinculação jurídica317. O resultado a que se chega neste tipo de interpretação é apenas a troca de um abuso (da omissão do legislativo) por outro (da invasão do legislativo). Outro problema é que tal competência, além de não estar na Constituição, seria exercida por quem não foi eleito, em um processo distinto do de formação de normas e sem uma característica essencial da democracia: a errônea troca da vontade popular pela opinião jurídica.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da Criação ... e dos Esquecimentos: o holzwege do mandado de injunção. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.

significa que no 'nacionalismo para fora' se converteu surpreendentemente em 'nacionalismo para dentro' ou nacionalismo *rentré*." (p. 26-27). "Os programas políticos não estão nunca fabricados com autênticas idéias, senão que se compõem somente de ***–ismos***, e, vice-versa, quando algo se ergue a um ***–ismo*** quer dizer-se que não é mais uma coisa autêntica, senão que se converteu e degradou em 'programa'. Desta sorte, a consciência nacional se transformou em forma de nacionalismo.". (p. 89)

317 Ernst Wofgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 42.