

A Efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais em *Terrae Brasilis* (A necessidade de uma resposta adequada à Constituição)

Lenio Luiz Streck

Doutor e Pós-Doutor em Direito (UFSC e FDUL); Professor Titular da Unisinos e Unesa; Coordenador do Dasein-Núcleo de Estudos Hermenêuticos da Unisinos; Presidente de Honra do IHJ – Instituto de Hermenêutica Jurídica; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; ex-Procurador de Justiça-RS; Advogado.

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Refletir sobre a efetivação dos direitos humanos e fundamentais nesta quadra da história é pensar também acerca das condições de possibilidade de sua efetivação (jurídica) em consonância com a democracia e os limites do direito. Caso contrário muitas conquistas esconderão, na realidade, outros problemas. Dito de outro modo, por vezes ouvem-se discursos em prol do reconhecimento e da concretização de direitos pela via judicial que não levam em conta que a prestação jurisdicional não é ilimitada e que “jogo” democrático tem de ser respeitado. Senão, partiremos de uma *demo*-cracia para uma *juristo*-cracia, o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar.

Assim, cada vez mais se torna necessário discutir o papel do direito na democracia, suas possibilidades e sua força normativa. Em outras palavras, na contemporaneidade, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia, inclusive os direitos humanos.

A nova acepção do direito está bem representada naquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra e pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Deste modo, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Nesta conjuntura exsurtem questões como: todo e qualquer argumento serve como fundamento de uma decisão jurídica? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, em sua interpretação do direito, não está substituindo os demais Poderes da República, Legislativo ou Executivo, proferindo argumentos de política ou de moral, dentre outros?

Longe de ser um mero exercício teórico o modo como respondemos a estas indagações tem repercussões políticas e sociais que, em última instância, podem fortalecer ou fragilizar as pretensões (supostamente) emancipatórias. Destarte, o grande desafio hermenêutico do direito no século XXI é controlar hermenêuticamente as decisões judiciais, especialmente, diante do deslocamento da concretização dos direitos previstos na Constituição pelo Judiciário.

Nesta linha, este artigo, na primeira parte, versará sobre a necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Na segunda, a abordagem se centrará em algumas recepções equivocadas que adentraram nossa cultura jurídica, sobretudo, com reflexos na aplicação prática do direito, como ocorre com a ponderação alexyana. Na terceira e última será apresentada a ideia da resposta constitucionalmente adequada como direito fundamental do cidadão.

2. A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA EM DIREITO

Com a Constituição de 1988 tivemos a necessidade buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teo-

ria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). A pergunta que se coloca(va) era: de que modo pode(ría)mos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e do alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. Do mesmo modo, não há uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a esta nova realidade temos gestado ao longo das últimas décadas a *Crítica Hermenêutica do Direito*¹. Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Então, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma escolha (livre) que deva ser avaliada pelas suas consequências.

Os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do Direito previamente estabelecido. Ou seja, não é um direito criado *ex post facto*, mas aquele que tem raízes na história institucional de sua comunidade. Não estamos a dizer que (pre) existe um direito já pronto para ser aplicado, é que existe uma tradição, uma narrativa que precisa ser reconstruída e que esta tarefa possui limites e parâmetros.

Nesse sentido, entendo que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso

1 Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Verdade e Consenso* e *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito - CHD é a de "desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos" (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer.

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões – a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, decorrendo, assim, uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Afastando-se do relativismo, a *Crítica Hermenêutica do Direito* - CHD entende ser possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta (ou, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Move-mo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na\ e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A explici-

tação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

3. O DIREITO DE OBTER RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS EM TEMPOS DE CRISE DO DIREITO: A NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Mutatis mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Nessa perspectiva, é interessante analisar uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70054988266), que indeferiu o pedido do Ministério Público para que um paciente, com o pé necrosado, passasse por uma intervenção cirúrgica, já que o mesmo se negava a sofrer a amputação do membro por preferir uma morte digna. Na época em que tomou a decisão, o paciente se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais, conforme laudo psiquiátrico, tendo, portanto, condições de tomar uma decisão a respeito de seu tratamento médico. É verdade que o direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, CF, e o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da CF, não implicam um dever que obriga a pessoa a viver. O direito à vida, do qual a Constituição trata, fala de uma vida com razoável qualidade. É verdade que a vida é um bem indisponível e que, portanto, a prática da eutanásia é considerada ilegal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a prática da ortotanásia não é considerada ilegal, permitindo que o indivíduo

decida sobre o tratamento médico que deseja seguir. A interferência do Estado, neste caso, seria considerada arbitrária, pois comprometeria as liberdades individuais protegidas pela Constituição. E foi nesse sentido que o Tribunal se manifestou, ao entender, corretamente, que o paciente não estava obrigado a passar pela intervenção cirúrgica.

O MP havia justificado seus argumentos em nome da prevalência do direito à vida, no sentido de que o paciente deveria ser obrigado a passar pela cirurgia por meio da intervenção do Estado. É importante ressaltar que, num Estado Democrático de Direito, o Estado não está autorizado a interferir em todo tipo de decisão tomada pelo indivíduo. Por mais “bem intencionada” que fosse a ação do MP – e todos nós conhecemos muitas catástrofes na história movidas por “boas intenções” –, exigir uma intervenção indevida do Estado nas liberdades individuais é sempre uma pequena abertura para o autoritarismo. Se o Estado se coloca, dentro das limitações constitucionais, como garantidor e protetor da vida; por outro lado, esta atuação garantidora e protetora da vida não pode ser confundida com uma imposição da prática da distanásia. Quando um indivíduo, maior de idade e em pleno gozo de suas faculdades mentais, deseja a morte no seu devido tempo (morte natural), para não prolongar seu sofrimento por meio de tratamentos inúteis, que apenas aumentariam o peso de sua dor, o Estado não pode obrigá-lo a se tratar.

Os desembargadores apresentaram uma resposta constitucionalmente adequada neste caso, ao reconhecerem que não existe a obrigação constitucional de viver e que, portanto, a intervenção do Estado causaria um constrangimento ilegal na vida do paciente. Nesse sentido, de acordo com o voto do relator:

Resumindo, o direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio.

Nessa ordem de ideias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter à cirurgia ou tratamento.

As “boas intenções” do MP contrariavam a Constituição e poderiam causar uma grave violação das liberdades individuais garantidas pelo Estado de Direito. Numa democracia, o poder público somente está autorizado a realizar uma intervenção na vida de alguém nos momentos em que a Constituição autoriza. É verdade que posições arbitrárias são tentadoras e, muitas vezes, oferecem soluções facilitadoras que conquistam rapidamente a simpatia da opinião pública. No entanto, quando o Poder Judiciário se afasta de escolhas meramente ideológicas para decidir pautado pela Constituição, o direito tem sua autonomia reforçada frente aos constantes ataques da moralidade privada.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse “modo ôntico” permanecerá e será aceito como tal se – e somente se – a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece”. Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e à integridade (exame da integridade legislativa e respeito à integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não

em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda espécie.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, parece-nos indispensável dentre as discussões sobre os desafios dos direitos humanos no séc. XXI estar presente uma reflexão a respeito da função e dos limites da atividade jurisdicional, uma vez que estes se encontrarão em juízo e, neste momento, há que se ter uma decisão jurídica devidamente fundamentada.

Na realidade brasileira de colonização do mundo da vida pelo Judiciário é importante entender a diferença entre ativismo e a judicialização da política. Para além de uma criteriologia quantitativa, o primeiro se caracteriza por uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência etc.) e/ou invade a competência dos demais poderes; já o segundo é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo, em países periféricos de modernidade tardia que possuem uma constituição analítica como o Brasil.

Diante deste maior espectro de atuação do Judiciário, a questão que se coloca é como as decisões são construídas. Por isso, há que se ter cautela com recepções teóricas (equivocadas) que não se coadunam com a realidade brasileira ou que “escondem” posturas subjetivistas, casos da Jurisprudência dos Valores ou da Ponderação Alexyana, ou sua versão tupiniquim. Nesta quadra da história temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade, dos donos dos sentidos aos sentidos que se dão num *a priori* compartilhado. Deste modo, em vez de discricionariedade das escolhas, teremos decisões que se acomodam numa construção democrática do direito.

Assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, chegamos ao direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Mais do que isso: a obtenção de respostas adequadas à Constituição implica o respeito à democracia. Trata-se de um direito (humano) fundamental do cidadão. Ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountability hermenêutica*. Há uma ligação umbilical

entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. ❖

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: CEC, 1989.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002.

CATTONI, Marcelo. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.