

ENTRE A EXEGESE E A HERESIA JURÍDICA: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROJETO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

BETWEEN EXEGESIS AND LEGAL HERESY: THE SEARCH FOR PROJECT EFFECTIVENESS LEGAL CONSTITUTIONAL

JAIR APARECIDO CARDOSO*
SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA**

RESUMO: Com frequência observamos o surgimento de novas teorias jurídicas, muitas delas objetivando a superação de pensamentos e posturas que não mais se coadunam com a realidade social. Surge, neste momento, a necessidade de se superar a letra fria da lei, mas agora com um novo paradigma, a dignidade humana. Em nome deste referencial muitas alterações foram constatadas, lançando verdadeiro desafio para o novo pensar em busca da tão almejada paz social. O presente ensaio tem por objetivo refletir sobre este novo caminho, tomando como base a efetividade do projeto jurídico constitucional e as novas posturas dele decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Direitos fundamentais. Dignidade humana. Hermenêutica jurídica. Exegese jurídica. Heresia jurídica.

ABSTRACT: *Often we observe the emergence of new legal theories, many of them aimed at overcoming thoughts and attitudes that no longer fit in with the social reality. Appears at this time, the need to overcome the cold letter of the law, but now with a new paradigm, human dignity. On behalf of this standard many changes were found, casting real challenge for the new thinking in search of much-desired social peace. This essay aims to reflect this new path, based on the effectiveness of the constitutional legal project and the new positions arising from it.*

KEYWORDS: *Human rights. Fundamental rights. Human dignity. Legal interpretation. Legal exegesis. Legal heresy.*

* Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba.
Email: jaircardoso@usp.br

** Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor Pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.
Email: sssilveira@usp.br

1 INTRODUÇÃO

Entre a exegese e a heresia jurídica a linha é tênue

A sociedade evolui e com ela as suas complexidades, vivemos numa época em que as evoluções parecem estar em verdadeiro ritmo olímpico, barreiras culturais são quebradas a cada instante, e a sociedade parece que quer quebrar o seu próprio recorde de celebridade, causando verdadeiro estresse social. Não raro essas tensões sociais requerem atenção do Estado, o qual procura responde-la de diversas formas, mas os fatos sociais eclodem de tal maneira que o Estado não consegue, as vezes, acompanhar seu ritmo por meio da sua fonte reguladora, cabendo então ao judiciário oferecer o necessário complemento, atuando em espaços ainda não normatizado, ou trazendo a norma para uma leitura social mais condizente com a realidade social. Ocorre que o judiciário vem cumprindo o seu papel por meio de uma nova orientação, que é o projeto jurídico constitucional vigente, que prima pela proteção da dignidade da pessoa humana, e objetiva efetivar os direitos fundamentais já consagrados em consonância com os direitos humanos. Tal desiderato coloca, na linha evolutiva, um verdadeiro desafio hermenêutico, no qual a exegese tem como vizinha a heresia, necessário, todavia, para se construir um caminho hermenêutico seguro, ter sempre em mira a defesa dos direitos humanos. É um novo pensar, que tem o homem como centro das relações sociais.

Dizem que entre o branco e o preto existem diversos tons de cinza, a conhecida *gray zone*. No popular, a expressão serve para demonstrar que nem sempre há consenso entre as pessoas, mesmo no campo do senso comum existem posições divergentes, às vezes pode alguém afirmar que aquele cinza está mais para o preto, para outro aquele mesmo cinza pode estar mais para o branco, embora saibam distinguir claramente o preto e o branco. Na área do Direito pode-se dizer que existe uma linha tênue entre a exegese e a heresia jurídica, embora se saiba a diferença entre o certo e o errado. Ou no dizer de Augusto Branco, “*o errado hoje será o certo amanhã, assim como o certo de agora já foi um absurdo no dia de ontem. O mundo muda, as pessoas evoluem, o tempo transforma, o futuro*

rompe com o passado numa dança cíclica e constante, até que tudo se torne presente outra vez.¹”

Este ensaio tem por objetivo discutir um pouco disso no campo jurídico, tentando colocar um ponto de direcionamento neste olhar, tendo como marco o desafio da concretização dos direitos humanos e fundamentais, valores que tem contribuído à evolução da cultura jurídica. Não se objetiva, evidentemente, esgotar o assunto, mas trazer uma reflexão convidativa para prosseguimento da discussão. Este é o mote deste ensaio. Por esta razão, a pesquisa foi desenvolvida por meio de análise bibliográfica sobre o tema, com base no método dialético, que consiste em investigar as contradições da realidade, a partir das ideias e correntes doutrinárias que sinalizam para uma possível evolução do nosso sistema jurídico.

2 NO MUNDO JURÍDICO

Na graduação aprendemos, pela ótica positivista, que existe um mundo jurídico, e que este mundo é o processo, deriva desta assertiva a afirmação de que o que não estiver nos autos não está no mundo jurídico. Este ensaio não tem por objetivo desabonar esta assertiva, porém destacar que o mundo jurídico não pode ser míope, muito menos lançar um olhar obtuso à efetivação do mister que lhe compete. Se ao Juiz cabe ser imparcial, não o obriga a ser neutro, mesmo porque sua decisão deve extravasar ao limitado mundo dos autos. O julgador, enquanto pessoa humana, de sentimentos comuns às partes, deve ter em mira que a prestação jurisdicional deve visar um mundo além do processo.

Com o advento da Constituição Federal² vigente houve quebra de paradigmas com relação ao projeto jurídico então existente, em decorrência dos novos conceitos e regras principiológicas estabelecidas pelo novo instrumento institucional que passou a ser conhecido como a carta cidadã, ou no dizer da doutrina de escol, houve rompimento com o marco filosófico do positivismo, para dar início a uma nova ordem, o neoconstitucionalismo.

1 In: <http://pensador.uol.com.br/frase/MTIzMTA3NA/> - acesso em 10.07.2016

2 BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Na época, muitos conceitos tiveram que ser revistos para se adequar ao novo projeto jurídico e social que quebrava a lógica até então existente, proveniente de uma cultura de repressão social. Inegável o avanço ocorrido na época. Nesse aspecto alguns pontos merecem ser considerados. O primeiro, é que a novel constituição não emergiu da cabeça de uns poucos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, houve consultas diversas, assim como diversos também foram os “lobbies” que influenciaram na construção das redações finais de muitos de seus dispositivos, como se colhe da doutrina da área ao abordar o processo histórico constituinte, além de outras referências sobre o assunto, mas inegável, todavia, que influenciada, inclusive por interesses externos, ela traduziu o anseio de um povo, que sufocado por um regime autoritário, pugnava por mudanças que levassem em consideração o espírito de liberdade e de democracia.

O segundo ponto é o aspecto cultural. Embora o Brasil já viesse de diversos embates pelo reconhecimento do respeito à dignidade humana, o que motivou constar em diversos aspectos a preocupação com tal desiderato, uma vez promulgada a Carta Magna, embora o anseio fosse evidente, não se sabia o que fazer com “aquilo”. Afinal, o que fazer agora com essa tal dignidade humana? Embora a aspiração, inegável que a sua assimilação vem se dando de forma gradativa e seu conceito ainda esta em maturação, caminhando para construção de uma verdadeira cultura democrática. Isso deixa claro que a democracia e a cidadania também são conceitos culturais que devem ser construídos, não são produtos de mera fonte legislativa.

Estudiosos do assunto, mesmo passadas quase três décadas do início da vigência da nova ordem constitucional, ainda se debruçam a pensar numa definição consistente sobre o tema, mas não se tem ainda um diagnóstico fechado – afinal o que é democracia, o que é cidadania? No mesmo espeque os direitos humanos e os direitos fundamentais. Ou no dizer de Paulo Tadeu Gomes da Silva, “*está em curso um processo de construção e solidificação de uma teoria própria dos direitos fundamentais*”.³

3 SILVA, p.3

A maioria dos discursos, aos quais acompanhamos, começa por exemplificar a evolução desse campo por meio das diversas gerações⁴ do direito, porém, ainda não traçam um conceito final, o que na verdade parece ser bom, pois o conceito, nesse aspecto, deve ser dinâmico e a busca heurística da melhor resposta deve ser constante, pois se conformássemos com o conceito da década de 80 do século XX, talvez hoje, mesmo sob a égide de uma nova ordem constitucional, a conquista seria obsoleta e ultrapassada, letra morta diante da realidade social contemporânea, assim como o pensamento hodierno não poderá causar entraves às futuras gerações.

O terreno das exemplificações nem sempre parece ser o mais adequado, mas com base no espírito reflexivo, e contemplando o contexto histórico, para melhor situar o pensamento que ora se estabelece, podemos tomar por referência, mesmo que de forma breve, somente com o fito de demonstração evolutiva, o instituto da responsabilidade civil. Boa parte da doutrina civilista costuma pontuar essa mudança de paradigma, no que tange a responsabilidade civil, com a afirmação de que o homem valia pelo que tinha e a partir do advento da Constituição passou a valer pelo que ele é: pessoa humana.

Tal afirmação toma por base o instituto da indenização⁵ por dano moral, que até então, embora constasse de legislação ordinária⁶, tinha seu entendimento controverso. O dano, a partir deste referencial normativo fundamental, passou a ser reparado em duas espécies: material e moral. Estando sedimentado o conceito de dano material, de maneira geral, plasmou-se, na época, o conceito de dano moral como sendo a interpretação contrária ao conceito de dano material, ou seja, se não fosse material era moral. Para muitos ainda, na época, mesmo após o advento da constituição, a condenação em dano moral era imoral.

4 Adotamos, para fins de referência didática o termo geração, em detrimento do termo dimensão, para não adentrar na discussão das posições doutrinárias diversa sobre o tema, porque o objetivo aqui não é aprofundar nesta discussão.

5 Muitos entendem que a expressão mais adequada à reparabilidade do dano imaterial é a compensação e não a indenização, o que também entendemos mais adequado.

6 A lei da ação civil pública, lei 7.347/85, já em 1985, em seu art. 1º, já mencionava a possibilidade da responsabilização por dano moral.

Pois bem, a evolução cultural, social, jurídica, dentre outras, permitiu que novos conceitos também evoluíssem. Prosseguindo na trilha da responsabilidade civil, inegável que esse instituto teve excepcional evolução nessas quase três décadas de convivência com a novel permissão constitucional. A doutrina civilista de escol classifica o dano em material (ou patrimonial) e imaterial (ou extrapatrimonial), enquanto gênero, sendo o dano moral uma espécie de dano imaterial, ganhando por isso conceito próprio, específico e distinto de outras espécies de danos imateriais inimagináveis à época, e distinto também do conceito pretérito que o classificava em simples oposição ao dano material.⁷ Hoje já se fala em danos imateriais, na modalidade coletiva, e até mesmo numa terceira modalidade de dano, o dano social.

Por serem direitos ainda em formação e reconhecimento, para muitos, na época, eram inconcebíveis.

Poderia se indagar: mas a lei não é a mesma? Por que então ignorar ou negar direito em determinado momento e esse mesmo direito ser reconhecido em outro?

Muitas respostas poderiam ser colacionadas na linha da hermenêutica jurídica, apoiadas em discursos dos mais gabaritados, mas um aspecto parece ser de relevo para o caminho que se pretende perseguir: a nova óptica jurídica que leva em consideração o objetivo da consecução do projeto jurídico constitucional, que prima pela proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito. É isso que justifica tais evoluções culturais e jurídicas.

É em homenagem a esse novo paradigma que diversos conceitos evoluíram e ganharam *status* de garantia no plano jurídico, com base na mesma plataforma legal, mas decorrente de outra forma de pensar aquele mesmo direito. Com isso, podemos concluir com a doutrina de escol, que passando a valorizar o homem não pelo que ele tem, mas sim pelo que ele é o homem passou a ser o centro das relações sociais. O direito é para o homem e não o homem para o

7 Hoje temos como espécies aceitas pela doutrina e jurisprudência, como sendo danos imateriais, os danos: moral, estético, assédio – moral e sexual, perda de uma chance, dano existencial.

direito, ou no dizer de Maria Berenice Dias, “*é necessário adequar a justiça à vida e não ingressar a vida dentro das normas jurídicas, muitas vezes, editada olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade*”⁸. Entendemos que essa evolução se fez possível em razão da evolução do próprio sistema, que passa a valorizar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito. Por esta razão, diversos outros institutos também marcaram sua evolução, notadamente aqueles referentes à pessoa humana.

É o caso, voltando à prática exemplificativa, da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a paternidade socioafetiva, dentre muitas outras situações, como é a citada evolução do instituto da responsabilidade civil.

Inegável que o reconhecimento contemporâneo de certas situações era impensável para juristas e doutrinadores da época, que nem sequer tomavam isso como ficção jurídica. Podemos vaticinar, portanto, que tais conquistas sociais e jurídicas, poderiam ser, na época, verdadeiras heresias jurídicas.

Profetiza-se, em razão disso, que daqui a cinco séculos, professores vão dizer para seus alunos que no século XXI se fazia experiência científica com animais. Seguramente os alunos daquela época poderão pensar o quanto éramos atrasados, mas hoje, se quisermos fazer ciência, por mais que se compreenda a gravidade da situação e que se busque criar critérios e métodos para se evitar tal prática, o uso de animais em experimentos científicos ainda é uma realidade, assim como ainda é uma realidade, embora a afirmação possa encontrar resistência, o fato de que a nossa sociedade conserva fortes traços de machismo, de preconceito e de racismo. Se esse traço cultural tem por origem a miscigenação étnica, não se sabe, mas que tal marca está presente no registro social não se duvida. Como então sedimentar um conceito sobre direitos humanos quando diversos aspectos que por ele deva ser considerado, ainda está em fase de sedimentação social.

8 DIAS, 2009, p. 11.

Thomas Fleiner nos traz sua contribuição:

Encontrando-me em uma bela e ensolarada praia italiana, decidi-me livremente a trabalhar neste livro, em vez de sonhar, banhar-me, beber um café ou mesmo assistir à televisão. O que isso tem a ver com a dignidade humana? Muito! Diferentemente de todos os outros seres vivos, o homem determina, pelo menos em parte, a causa de suas próprias ações. [...] Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem a sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito ao âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana.⁹

Para Fleiner a dignidade humana tem como alicerce a liberdade, pois a violação a essa liberdade viola a sua dignidade, e isso é importante para que o homem possa desenvolver o seu próprio projeto de vida, ou no dizer do Pregador, a vida deve ser vivida em abundância, o homem deve viver abundantemente, ou numa leitura mais consentânea, viver dignamente. “*Eu vim para que tenham vida, e a tenham em abundância*”¹⁰. Essa é a lição que encontramos talvez como uma das primeiras definições de dignidade humana, cujo conceito está traçado de forma simples, mas sintetiza a ideia de eminentes autores hodiernos, que ainda labutam para fechar o seu diagnóstico conceitual.

Não é outro o entendimento de Ercílio Denny, ao gizar:

Para ser humano no sentido completo ou autêntico da palavra, não basta existir de fato. É preciso possuir um conjunto unitário de convicções e de valores que definam a existência humana em linha de princípio: o seu escopo e o seu significado. Além disso, tais princípios devem ser evidentes. Estes não só não devem estar expostos a contínuas discussões, mas devem também indicar ao homem a sua posição no mundo observável. Porque o homem pensa a si mesmo por meio da

9 FLEINER, 2003, p. 11

10 BÍBLIA, Jo, 10:10

mediação com o mundo observável.¹¹

Sobre o assunto, conclui Fleiner:

O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar seus filhos, como todos os outros, no lugar em que se encontra. Os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas.¹²

O cerceamento à liberdade de programação da vida causa prejuízo à sua dimensão essencial e ao verdadeiro sentido de liberdade latente em cada indivíduo, com reflexo direto na dignidade da pessoa humana. Numa visão antropológica, “*desde o princípio, Deus criou o homem e o entregou ao poder de suas próprias decisões*”.¹³

A restrição à liberdade causa dano ao projeto de vida que ocasiona vazio existencial em decorrência da renúncia forçada ao seu direito de escolha. Tal fenômeno fere profundamente o indivíduo, com reflexos e prejuízos psicológicos, evidenciando, com considerável frequência, a constatação de elevado grau de baixa estima pessoal. O mundo jurídico não pode ser insensível a esta realidade se elegeu o homem como centro das relações sociais, um homem para o mundo além do processo, um homem que quer ter uma vida de liberdade e dignidade. Um homem que quer ter uma vida de abundância, a partir de suas próprias decisões.

3 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO

O outro aspecto é a aplicação da lei ao caso concreto, situação na qual poderão ocorrer divergências de entendimentos. Aos olhos de leigos poderíamos estar diante de um flagrante despautério, todavia, é nessa diversidade que se busca o consenso e a harmonização dos entendimentos que clamam por uma nova concepção

11 DENNY, 2003, p. 320

12 FLEINER, 2003, p. 20

13 BIBLIA, Eclo, 15:14.

do justo, agora em direção da proteção dos direitos humanos. O importante é ter em mira o sentido superior de justiça, guindado agora com a premissa da dignidade humana, despida de qualquer preconceito.

Voltaire, em seu dicionário filosófico, ao referir-se sobre as leis, conta a passagem em que fora vítima de um processo no parlamento de Paris e perdeu por unanimidade, mas recebeu do seu advogado a resposta de que teria ganhado também por unanimidade se o processo tivesse sido julgado em outra câmara, acrescentando que havia vinte e cinco comentários¹⁴ à lei de Paris, ao que ele responde: “*provou-se, então, vinte e cinco vezes que a lei municipal de Paris está errada*”.¹⁵ Evidente que o contexto histórico e emocional deve ser considerado, mas evidencia que a questão da possibilidade de entendimentos divergentes não é nova, embora objetive-se a mesma coisa: justiça. Mas qual então o conceito de justiça? Este é outro desafio social, por ser conceito também dinâmico e estar em constante construção.

Seguramente a divergência apontada por Voltaire tenha chegado a um consenso algum dia, mas se chegou, esta conclusão deve ter suscitado uma antítese a qual precisou também ser enfrentada e desse feito nova conclusão deve ter sido apurada, a qual deve ter suscitado nova antítese, ou no dizer de Hegel, a vida é um círculo onde tudo se liga a tudo e está em constante evolução.¹⁶

Para melhor localizar e estudar este fenômeno, no nosso quadrante, pensamos que dois importantes aspectos devem preceder seu enfrentamento. O primeiro é a tendência global do mundo jurídico para adequar-se ao projeto social globalizante – entenda-se projeto social em seu sentido lato, envolvendo o econômico, o político etc. Ou no dizer de Felipe Augusto de Miranda Rosa, “*as modificações do contexto social, portanto, se verificam em dimensão mundial, ocorrendo a tendência para certa uniformidade cultural em todo o planeta*”.¹⁷ O segundo aspecto é a tendência nacional de adequação

14 Comentários, no sentido de decisões dos tribunais, jurisprudência.

15 VOLTAIRE, 2003, p. 334/335.

16 HEGEL, 1996.

17 ROSA, p. 59.

do projeto jurídico ante os reclamos sociais em constante desenvolvimento com o surgimento de novas teorias tendentes a ocupar os espaços jurídicos lacunosos em socorro da constatação de novos fatos sociais que reclamam por proteção para concretude do direito. Esses pontos objetivam romper definitivamente com a corrente conservadora de exacerbado apego ao positivismo jurídico e que por isso ainda resiste a esta nova realidade, embora, como destaca Paulo Tadeu Gomes da Silva, “*ainda há muito obstáculos a serem superados, os quais constituem, muitas vezes, em mera negação de evento que ocorre na sociedade*”.¹⁸

O primeiro aspecto refere-se à tendência de aproximação cultural. A globalização, que nada mais é do que uma nova fase do sistema capitalista, ao buscar o nivelamento econômico causa reflexos em outros setores, notadamente o cultural; por isso, a aproximação de diversas culturas. Tudo isso deságua também no nivelamento do projeto jurídico, por meio do qual o Estado busca a adequação da necessária paz social, reconhecendo, em seu terreno, direitos que emergem de outras culturas, contemplando-os de diversas formas, até mesmo antes da manifestação legislativa, por meio do judiciário, em decorrência também da própria cultura da omissão daquela casa. É um processo por meio do qual se busca a garantia da dignidade humana. Por ser um processo, deve estar em constante evolução e, por isso, as sociedades travam constantes lutas, sem as quais poderiam acarretar sua estagnação ou seu retrocesso. Nesse aspecto concordamos com a falas de Rudolf Von Ihering, para quem “*o fim do direito é a paz, o meio de que se serve para conseguí-la é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo-, ele não poderá prescindir da luta*”.¹⁹

Não é outro o entendimento de Felipe Augusto de Miranda Rosa, ao afirmar que o Direito é um fato social, e por isso a norma jurídica é o resultado deste fato. Assim, a norma emana da própria sociedade, por instrumentos e instituições destinadas a formular o

18 SILVA, p.4

19 IHERING, p.11.

direito. Tudo isso reflete no que a sociedade tem como objetivos, como crenças, como valores e o complexo de conceitos éticos. Por isso conclui: “*O estudo histórico das sociedades revela a existência de estruturas jurídicas bastante diversas no tempo e no espaço. (...) As realidades sociais diferentes condicionaram ordens jurídicas também diferentes. (...) a mudança social, que opera em escala planetária, repercute assim, sempre, na transformação do Direito*”.²⁰

Essas lutas também contribuem para as aproximações culturais. Em decorrência dessa aproximação, com frequência constatamos decisões judiciais aplicando teses e teorias originárias de outros países, como são os casos, por exemplo, das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) aplicando em suas decisões teorias alemã ou de outras vertentes jurídicas, e diversas outras decisões agasalhadas pelo nosso sistema, até mesmo provenientes de outros tribunais, como é o exemplo da teoria da perda de uma chance, da teoria do direito ao esquecimento, da teoria do dano existencial, dentre outras, ou buscando, com base em premissas internas, soluções inovadoras para socorrer as realidades sociais. É o caso, por exemplo, do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a paternidade sócioafetiva, já mencionado alhures. É um processo conhecido como migração de ideias, no qual são importados conceitos e teorias, as quais são trazidas para a linguagem da nossa realidade social, para incorporar ao nosso sistema jurídico, por meio de uma cultura jurisprudencial, rompendo assim com o nacionalismo epistemológico.²¹

Tudo isso é possível e de fácil compreensão no campo social em razão do fenômeno da globalização, que ocasiona, como vimos, o avanço tecnológico, mas também a aproximação cultural, desaguando em novas dinâmicas de vida. Esse fenômeno é percebido pelo mundo todo e, como consequência, mostra que as normas jurídicas não acompanham tal processo, perdendo sua força como instrumento moldador e ordenador da sociedade. Trilhando este caminho, podemos adentrar na análise, mesmo que sintética, da

20 ROSA, p.57/58.

21 SILVA, p. 12.

tendência interna de adequação social por meio do projeto jurídico em construção. Referimo-nos à tendência interna porque aqui nos propomos a falar do nosso sistema, mas vale a ressalva de que esta também é uma tendência mundial, uma tendência, talvez, de aproximação do próprio sistema jurídico, guardadas as devidas proporções de cada sistema, evidentemente.

Nos bancos acadêmicos aprendemos que nosso sistema jurídico é o *civil law*, o qual tem como fonte a lei e que se diferencia do *common law*, porque este tem como fonte a jurisprudência. Modernamente, todavia, já se sabe que os países que adotam o sistema do *common law* também têm adotado diversas normas para disciplinarem situações sociais internas, ao passo que observamos em nosso sistema um avanço na criação de proteções jurídicas por meio da jurisprudência, cujas decisões têm se tornado consistentes meios de adequação e orientação social em especial dos direitos humanos fundamentais.

O sistema jurídico fica em descompasso para atender aos mais diversos tipos de reclamações sociais, em busca da efetividade da prestação jurisdicional por meio da aplicação da lei ao caso concreto, quando essas reclamações, concretamente, não dispõem de previsão de moldação legal às novas realidades sociais. A partir daí a doutrina e a jurisprudência passam a trilhar o caminho da adequação social e jurídica, tendo como mote o fim social e as exigências do bem comum, em consonância com a defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais.

Assim, não há como conceber o direito se não for em seu momento dinâmico, e é esta dinâmica, em consonância com o objetivo de concretude constitucional, que permite que diversas teorias e teses alienígenas encontrem manso terreno para trilhar em nosso sistema, ou que sejam criadas novas concepções e posturas de proteção à dignidade humana.

O importante, no mundo jurídico, todavia, é que a nova conclusão mostre o seu caráter evolutivo e não desabonador. A conclusão deve estar embasada em critérios seguros que mostre o justo para o momento histórico-social em que fora prolatada, mesmo que outra conclusão possa ser possível em outro momento e contexto, até mesmo em sentido diverso, mas não desabonador.

O importante, entretanto, é ter um norte para a busca da almejada paz social, com a harmonização desses pensamentos, por meio, agora, de um fio condutor: os direitos fundamentais.

Decorrente desta premissa surge um novo fenômeno para atender a estes novos anseios e vencer a morosidade patológica do legislativo, e que procura “dizer” o justo para além da norma posta, fazendo surgir uma nova corrente de pensamento na qual os princípios que inspiram as normas também ganhem força de norma. Esta corrente, quando manifestada pelo judiciário, ganha o nome de ativismo judicial, e quando defendida pela doutrina, é denominada de derrotabilidade normativa, ou no dizer de Humberto Ávila, de superabilidade normativa.²²

Evidente que por ser algo novo, o misonismo jurídico vem oferecer a sua normal resistência, trazendo como principal argumento a ofensa à segurança jurídica, a qual, na visão positivista, ainda não superada por algumas correntes de pensamento, encontra a sua razão de ser na lógica dogmática do Direito, como sendo o justo o decorrente da norma. É forçoso convir que tal concepção não se coaduna com a nova tendência hermenêutica, excepcionado as áreas penal, tributária e administrativa, nas quais a interpretação sistemática se faz necessária para a própria garantia individual, com reflexo coletivo, mas mesmo assim a tendência é evolutiva. Registra-se como exemplo a atual discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a norma constitucional esculpida no inciso LVII do art. 5º da constituição Federal, que diz que “*ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. E este era o entendimento literal que vinha sendo adotado pelo próprio STF, que em decisão de 2009 manteve a sua posição, todavia, em recente decisão passa a adotar entendimento diferente, no sentido de que sendo aquela corte extraordinária, na qual o direito é discutido em tese, a discussão da culpabilidade do réu já estaria vencida, sendo possível o seu recolhimento ao cárcere.²³ É

22 ÁVILA, 2015.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em 20.08.2016. No Habeas Corpus (HC) 126292 o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que

certo que a decisão ainda não esta pacificada, mas demonstra com clareza que até mesmo dispositivos constitucionais podem ganhar nova roupagem hermenêutica na linha da evolução interpretativa.

Outro exemplo claro esta na força dos pactos internacionais, em especial sobre direitos humanos, diante do preceito trazido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, acrescido pela EC 45/2004. Exemplo claro é o “Pacto de São José da Costa Rica”. Os países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotaram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tratado internacional e multilateral conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica”, o qual foi ratificado pelo Brasil somente em 1992. Com base nesse tratado o STF revogou a Súmula 619²⁴ e editou a Súmula vinculante nº 25, a qual preconiza que “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”. Mais uma vez se vislumbra o tributo a liberdade, corolário para efetivação dos direitos fundamentais.

O mundo jurídico não pode ignorar a realidade social, sob pena de ser ignorado por ela, por isso ele deve ser sensível às transformações sociais, e em razão disso precisa assimilar as novas realidades que se apresentam como desafio para efetivação das normas jurídicas aos fatos sociais não previstos pelo legislador, mas que não podem ser ignorados pelo mundo jurídico, sob pena de caracterizar-se o retrocesso social.

Surge neste cenário à necessidade de se rever a forma tradicional de interpretação jurídica para se buscar uma interpretação mais consentânea às realidades sociais atuais, em especial com o mote de realizar a efetivação da concretização dos direitos humanos.

O Direito, assim como a sociedade, avança, muda, desenvolve. Esta transformação varia de acordo com o tempo, as sociedades

a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 619. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. (revogada)

envolvidas, bem como os fatos sociais delas decorrentes: a cultura, a política, a moral, a religião, a economia, e todos os valores que de algum modo permeiam o direito.

Em decorrência disso, não raro a mensagem legislativa traz problemas de obscuridade, ambiguidade, ou até mesmo torna-se obsoleta, em relação ao contexto fático-social, em decorrência do já mencionado ostracismo legislativo. Assim, o papel do intérprete é aproximar o *Direito* dos objetivos pretendidos pela norma, bem como da realidade social que permeia a comunidade na qual essa norma vigora.

Contemporaneamente, na era do Estado Democrático de Direito, consoante a Força Normativa dos princípios e a ideia de que o Direito só se concretiza quando é efetivamente aplicado, cabe ao intérprete-aplicador um papel fundamental nesse processo de concretização do projeto jurídico constitucional.

É por isso que cada vez mais e com maior frequência os intérpretes, consciente ou inconscientemente, defendem solução excepcional a determinado caso concreto, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para uma determinada situação, promovendo assim a investigação da possibilidade da superabilidade da resposta oferecida pelo legislador.

Na prática o fenômeno é mais comum do que se imagina. Podemos destacar, como exemplo, a previsão do § 3º do art. 55 da lei 8.213/91, que veda a comprovação de tempo de contribuição mediante prova exclusivamente testemunhal, para concessão do benefício da aposentadoria. A lei exige prova material contemporânea ao período que se quer comprovar, esta é uma chave de segurança para se atingir o objetivo da norma de proteger o patrimônio público, mas tal condição inviabilizaria a concessão de benefícios aos trabalhadores rurais, conhecidos como boias-frias, que dedicaram sua vida ao trabalho, mas nunca tiveram a orientação para tal cuidado. A doutrina e jurisprudência são majoritárias no sentido da concessão do benefício a esses trabalhadores, e a decisão, que em tese afronta a norma posta, parece não encontrar resistência. Pelo princípio da universalidade, em consonância com o da solidariedade e do *in dubio pro misero* a concessão vem sendo feita aos trabalhadores desta categoria, sem que isso fomente a incerteza ou

arbitrariedade no mundo jurídico, muito menos cause insegurança jurídica.

Não se quer dizer com isso que a norma não deva ser seguida, pelo contrário, afirma-se que ela deve ser seguida, todavia, ela pode ser alterada em diferentes contextos fáticos e jurídicos, a partir de situações excepcionais, quando se objetiva perseguir o próprio espírito da norma – a proteção da dignidade humana, princípio superior que deve orientar a norma. É o caso do exemplo acima citado. A norma procurou trazer uma chave de segurança para a garantia do próprio sistema, como forma de evitar burlas e possíveis conluios e manter o princípio da garantia atuarial do sistema. O entendimento adotado, mantendo incólume a letra da lei, passa a aplica-la a caso concreto, de forma excepcional, afastando o espírito discriminatório contido na norma, que poderia excluir a proteção a uma camada social considerável que poderia ficar sem a indignada proteção jurídica. É certo ainda que ao julgador cabe analisar a aplicação da excepcionalidade ao caso concreto, avaliando no cenário jurídico e social, a sua repercussão coletiva e a possibilidade de sua repetição, para que o entendimento, ao criar precedente, seja no aspecto evolutivo e social e não de rompimento com o princípio da autonomia entre os poderes do estado, princípio também esculpido na CF/88.²⁵ Até mesmo o Executivo não tem resistido a esse entendimento, por entendê-lo correto, sem caracterizar nenhum desrespeito a fonte emanadora da norma. Ou no dizer de Ercílio Denny, “*positivamente deve-se reconhecer que a referência comum e aceitação à qual se relaciona o juízo e a valorização das leis estatais é a categoria dos direitos humanos*”.²⁶

É uma nova concepção de superação do próprio positivismo, para trazer uma oxigenação interpretativa normativa à luz das exigências sociais contemporâneas, e em situação não previstas pelo próprio legislador à época da manufatura da norma. É a reengenharia da interpretação sistemática para reconfiguração normativa, diante de determinada situação fática que clama por justiça, sem,

25 BRASIL. Constituição de 1.988. Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário.

26 DENNY, 2001, p. 56.

todavia, prejudicar a própria situação – aspecto individual - ou causar insegurança jurídica – aspecto coletivo. Para Ercílio Denny, são os direitos humanos que devem julgar todo o sistema, pois são eles que determinam a direção e são os verdadeiros juízes das leis vigentes. “Resumindo, a lei de um Estado laico e pluralista deve ser valorada com relação aos direitos humanos. Estes oferecem um critério comum para elaborar e, eventualmente, melhorar qualquer norma jurídica”.²⁷ É dele ainda a afirmação: “Naturalmente, esta referência fundamental à dignidade,(...) exige ser interpretada continuamente, de modo que as filosofias iluminem a riqueza das razões para assumir até o fundo, no pensamento e na práxis, a responsabilidade pelos direitos humanos”.²⁸

A análise da superação do positivismo mostra sua importância porque representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais dentro de uma norma geral e abstrata aplicável a todas as situações normais e típicas, configurando e justificando uma solução extraordinária para casos extraordinários, mas devendo ser respeitadas seus requisitos formais e materiais, para que não se olvide da segurança jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, diante de uma perspectiva exegética para consecução do projeto jurídico constitucional, podemos deparar com diversas resistências decorrentes do misonismo jurídico, para quem tudo isso possa ser uma verdadeira heresia. Não podemos olvidar, todavia, que embora o art. 2º da Constituição Federal preconize que os poderes da União sejam o legislativo, o executivo e o judiciário, todos eles com atribuições distintas, é forçoso convir que a formação extralegislativa tenha se fortalecido nos últimos tempos, fenômeno que como vimos não se observa somente na órbita interna. A produção normativa fora do quadro legiferente está em constante crescimento, por meio de associações, sindicatos, dentre outras; na esfera individual por meio de contrato, ou coletivo, no caso de

27 DENNY, 2001, p. 56.

28 DENNY, 2003, p. 137.

grandes empresas, e até mesmo por derivação de entendimentos jurisprudenciais. Esse crescimento merece atenção, pois não podemos perder de vista o projeto jurídico constitucional, como marco regulatório desta evolução, que tem o homem como centro das relações sociais.

É nesta perspectiva que foi pensado este ensaio, refletir sobre o direito, não de forma hermética, fechada, mas também sem fomentar o filoneísmo exacerbado e desmedido. O princípio da razoabilidade deverá ser o guia desta estrada. Neste diapasão se faz mister perceber que formas equilibradas de pensar e assimilar a dinâmica social são fundamentais, mas essa dinâmica visa criar meio acolhedor ao ser humano, protegendo sua dignidade. Releva perceber que nesta nova roupagem, o direito não verte somente da norma posta, mas de todo contexto projetado para criar uma aproximação com a realidade social e assim acolher os anseios sociais, sem prescindir da necessária segurança jurídica. Lado outro, refletir se a segurança jurídica verte somente do texto legal, ou do projeto jurídico almejado. Eis o elo do namoro entre a exegese e a heresia.

REFERÊNCIAS:

AROUET, François Marie. (Voltaire). **Dicionário filosófico**. Tradução: Petro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2003, pág. 334/335.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BÍBLIA SAGRADA. Trad. de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em 20.08.2016.

DENNY, Ercílio A. **Ética & Sociedade**. Capivari - São Paulo. Opinião E. 2001.

_____. **Experiência & Liberdade**. Capivari-São Paulo. Opinião E. 2003.

_____. **Liberdade & Responsabilidade**. São Paulo. Edicamp. 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; E. SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre DIREITOS HUMANOS**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos**. Trad.de Andressa Cunha Cury. São Paulo: Max Limonad, 2003.

HEGEL, Wilhelm Friedrich. **Estética**. A idéia e o ideal. Coleção os Pensadores. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural. 1996.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução, Pietro Nassetti. São Paulo. Martin Claret Editora. 2004. Vol. 47.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Gen. 2015. 2º ed.

MELO, Fabiano. **Direitos Humanos**. São Paulo: Gen. 2016.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: O Fenômeno jurídico como fato social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 13º Ed. 1996

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2010.

Recebido em 16/09/2016.

Aprovado em 06/07/2017.