



JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CRITÉRIOS PARA A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA¹

THE JURISDICTION ROLE IN THE DEMOCRATIC STATE: CRITERIA TO PROTECT HUMAN DIGNITY THROUGH PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS

Leonardo Longen do Nascimento²

Feliciano Alcides Dias³

RESUMO: O artigo se propõe a analisar a tutela da dignidade da pessoa humana por meio da jurisdição no Estado Democrático de Direito contemporâneo. No desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental aliada ao “método” fenomenológico-hermenêutico. A partir de uma revisitação do papel da jurisdição sob a ótica da hermenêutica filosófica, observa-se que esta constitui um juízo autônomo de justiça, que avalia a legitimidade e filtra os discursos que se chocam em um caso concreto a partir da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento e finalidade da ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; hermenêutica filosófica; dignidade da pessoa humana; atividade jurisdicional; critérios.

¹ Artigo recebido em 28/01/2022 e aprovado em 28/04/2022.

² Assistente de Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – MPSC. Mestrando em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Blumenau/SC, Brasil. E-mail: lldnascimento@furb.br.

³ Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Professor na Universidade Regional de Blumenau - FURB, atuando na Graduação (titular de Direito Processual Civil e Direito Civil) e no Programa de Mestrado em Direito (PPGD). Coordenador da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, extensão em Blumenau (SC). Líder do grupo de pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Integrante dos grupos de pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça e Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias (CNPq-UNOESC). Diretor do Centro de Ciências Jurídicas na FURB. Advogado. Árbitro. Blumenau/SC, Brasil. E-mail: feliciano@furb.br.



ABSTRACT: This article proposes an analysis of the protection of human dignity through jurisdiction in the current Democratic State. In the researches' development, it has been used the bibliographic and documental research allied to a hermeneutical, phenomenological "method". By observing the jurisdiction role under the philosophical hermeneutics' perspective, it has been concluded that it is responsible for expressing an autonomous justice judgement, which examines the legitimacy and filters the speeches that clash about an specific concrete case from the looks of human dignity, once this constitutes the ground and objective of the legal order.

KEYWORDS: Democratic State; philosophical hermeneutics; human dignity; jurisdiction role; criteria.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana ganhou especial relevância para o direito a partir da Segunda Guerra Mundial. Tal categoria pode amparar, contudo, uma postura ativista que acaba por conceber um poder cujo exercício pode se dar sem limites, o que não coaduna com o Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Neste contexto, este trabalho pretende abordar o papel da dignidade da pessoa humana como vetor axiológico e um dos critérios para o exercício da atividade jurisdicional, tendo por base, especialmente, a obra de António Castanheira Neves. A pesquisa se desenvolve pela análise bibliográfica e documental, sendo utilizado o "método" de análise de dados o fenomenológico-hermenêutico⁴ sem uma cisão absoluta entre sujeito e objeto, compreendendo-se a circularidade hermenêutica a partir da hermenêutica filosófica.

Tudo a fim de evidenciar notas sobre a jurisdição pensada neste Estado Democrático de Direito que possibilitem o controle e a racionalização do seu exercício na concretização da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a pesquisa assim se divide em três vertentes:

⁴ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento*. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).



Num primeiro momento, identificam-se as bases nas quais se fundamenta o texto. Avalia-se os argumentos que autorizam e apostam no ativismo judicial e se destaca o caráter voluntarista do Poder Judiciário. Ciente disso, o caminho que se trilha parte da hermenêutica filosófica para justificar a tutela da dignidade da pessoa humana.

Depois, serão evidenciadas notas sobre a jurisdição neste contexto, principalmente a partir da obra de António Castanheira Neves. Reconhecendo a circularidade hermenêutica é que se constata a diferença entre texto e norma, a constituição desta perante um caso concreto e a mútua influência entre direito e realidade. Também, tendo em vista que a política e a moral estão sempre presentes na linguagem, fazendo parte da natureza humana, é que se justifica a abordagem do aspecto axiológico do juízo emitido pela atividade jurisdicional.

Este, no Brasil, é tido como a dignidade da pessoa humana. Tal categoria, contudo, não está à disposição do intérprete de modo a legitimar a imposição da sua vontade. Imerso na linguagem, o sujeito está por ela condicionado, na qual se deve conhecer a dignidade da pessoa humana como o fundamento e a finalidade do ordenamento jurídico.

2 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A dignidade da pessoa humana passou a ocupar espaço de destaque no direito positivo após a Segunda Guerra Mundial, em documentos internacionais e dos estados. No Brasil, a dignidade da pessoa humana consta do art. 1º da Constituição Federal como fundamento do Estado brasileiro, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político. Tais elementos, como não poderia deixar de ser, impulsionaram o debate acerca do exercício da jurisdição na tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Há quem sustente que: “dentro deste contexto, a dignidade da pessoa humana torna-se núcleo axiológico para a tutela jurídica [...]”.⁵ Tal núcleo constitui um filtro argumentativo para a interpretação da legislação infraconstitucional, que deve ser aplicada a partir de uma

5 CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v.6, n. 6. p. 548, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>>. Acesso em: 16 ago. 2021.



hermenêutica constitucional pautada na garantia de direitos fundamentais, com base na teoria de Robert Alexy.⁶ Faz-se a defesa do ativismo judicial amparado numa visão substancialista do direito, classificando todas as críticas como de ordem formalista e desalinhada ao Estado Democrático de Direito desenhado após o advento da Segunda Guerra Mundial.⁷

De fato, nesta perspectiva, defende-se que, a partir do novo paradigma, denominado “neoconstitucionalismo”: “[...] o Direito se aproxime da Ética, transformando-se em instrumento da legitimidade, justiça e realização da dignidade da pessoa humana”.⁸

A linha de raciocínio que ampara o presente texto, contudo, não parte dos mesmos pressupostos. É com base na hermenêutica filosófica que se pretende abordar o tema, fugindo da absoluta cisão entre direito e realidade, bem como de espaços que permitam a mera discricionariedade na tomada de decisões no Estado Democrático de Direito, sem critérios que não os de pura finalidade.

Da forma como observada a jurisdição até este ponto, vê-se uma ideia de processo como instrumento, que tem por finalidade a concretização da dignidade da pessoa humana e a realização de direitos fundamentais. Tal perspectiva aposta no protagonismo do Poder Judiciário para definir o que representa a dignidade da pessoa humana em dado contexto, sem outro critério que não o de bom ou ruim, melhor ou pior. Desta forma, aproxima-se o Judiciário da figura de um herói, um salvador da sociedade, assumindo um papel “social-protagonista”.⁹

Em suma, deve-se reconhecer o mérito do “neoconstitucionalismo” e o “neoprocessualismo” superarem a figura do juiz que meramente reproduz a lei. É fundamental que a atividade jurisdicional se preocupe com a concretização da Constituição e dos direitos

6 CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v.6, n. 6. p. 551, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

7 CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v.6, n. 6. p. 559, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

8 CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v.6, n. 6. p. 567, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

9 STRECK, L. L. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206. p. 36-38, abr.-jun. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448>>. Acesso em: 17 ago. 2021.



fundamentais.¹⁰ O que se destaca, contudo, é que esta função constitutiva seja desempenhada criteriosamente, sob pena de legitimar, também, um exercício arbitrário do poder.

Deste modo, cumpre elucidar que a dignidade humana e o direito não consistem em simples valores morais, cujos princípios podem ser tidos como mandados de otimização, de forma a legitimar e apoiar o exercício da jurisdição a partir da construção teórica de Robert Alexy.

Tal afirmação se dá, principalmente, com base na crítica de Jürgen Habermas a Alexy. O autor da escola de Frankfurt busca afirmar a autonomia do direito frente à moral, apesar de reconhecer que ambos estão intimamente relacionados e têm em comum a normatização das relações sociais, com desdobramentos na integração social, finalidade principal do direito na obra de Habermas. Alexy reconhece a insuficiência do direito como hermeticamente fechado (o que de maneira nenhuma se nega) e identifica os discursos jurídicos com discursos morais, de onde Habermas questiona a garantia de uma decisão imparcial e destaca que tal concepção põe em xeque a própria definição de uma decisão como jurídica. Afinal, a partir disso se assume a possibilidade de os argumentos jurídicos serem corrigidos por argumentos morais.¹¹

Segundo Habermas, a reconstrução do direito perfectibilizada na decisão não pode resultar em indeterminação, especialmente quando o direito posto já filtra argumentos morais. Assim, o autor critica Alexy por pressupor uma falsa subordinação do direito à moral, visto como resquício do direito natural/pré-moderno, com legitimação transcendental.¹²

De fato, o discípulo de Adorno diferencia as regras morais das jurídicas, visto que estas integram o plano institucional, com facticidade (capaz de impor condutas/ações). Contudo, não as compreende numa relação de hierarquia e sim de complementariedade na integração social. Trata-se de compreender a cooriginariedade entre o direito e a moral.¹³

10 CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v.6, n. 6. p. 567, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

11 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 287-289.

12 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 289-291.

13 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 141-142.



Sobre o tema, e se alinhando à teoria de Habermas, Clarissa Tassinari escreve que: “sob esta perspectiva, a Moral é instituidora da comunidade política, ou seja, não se trata nem de uma *ferramenta à disposição do julgador* (a exemplo do que propõe Alexy), nem de um moralismo, ligado às opiniões e desejos pessoais”¹⁴.

A autora, no seu livro “Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário”, explica que o ativismo judicial deriva de uma postura do Poder Judiciário, que exerce a jurisdição por meio de atos de vontade, a partir de critérios não jurídicos.¹⁵ Trata-se, exatamente, de crítica à aposta no protagonismo judicial.

E cabe mencionar que, em que pese o texto, até o momento, tenha se amparado em Habermas, que se afirma um procedimentalista, para criticar a visão inicialmente apresentada, de maneira alguma se pretende afirmar uma visão meramente formal do direito, que identifica o texto à norma. Mesmo Habermas afirma que sua hermenêutica jurídica encontra fundamento em Gadamer¹⁶, que reconhece a circularidade entre texto/norma, direito/realidade e criação/aplicação do direito.

Na realidade, a maior divergência de Habermas em relação a Gadamer está na busca pela anulação da “tradição” presente nas pré-compreensões que orientam o conhecimento e a manifestação dos sujeitos, pois nelas enxerga uma forma velada de dominação; em suma, não aceita a redução da complexidade à linguagem.¹⁷ No entanto, e aqui se dá razão a Gadamer, o fato é que sempre que examina algo o sujeito o faz com base na própria experiência, o que condiciona, inclusive, a pretensão habermasiana de afastar as pré-compreensões. Ter esta “consciência histórica” faz parte da hermenêutica filosófica, que está preocupada com a verdade dos discursos, não com a universalização de uma resposta pronta e acabada, mas com a justeza metodológica no procedimento científico.¹⁸

14 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Livro eletrônico. n/p. Grifado no original.

15 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Livro eletrônico. n/p.

16 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 320.

17 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Entre a universalidade e a criticidade: a questão da précompreensão desde Gadamer e Habermas. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 4, n. 1, p. 38, 40 e 49, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4182>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

18 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, São Paulo: Vozes, 1999. p. 454-455. LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; SOUZA,



Cabe, aqui, tecer novas considerações a respeito da crítica de Habermas a Alexy. Este, apesar de crítico ao positivismo, não pretende afastar a facticidade do direito para cair em puro relativismo: defende a necessária positividade do direito¹⁹. A possibilidade de superar as prescrições jurídicas encontra amparo nos argumentos da correção moral do direito²⁰ e da injustiça²¹; ou seja, o direito, enquanto caso especial do discurso prático geral²², deve ceder diante de uma flagrante injustiça, pois constituir um sistema jurídico em Alexy pressupõe a pretensão de estar moralmente correto²³.

De fato, a teoria do discurso em Alexy pretende superar a ótica segundo a qual concepções morais eivariam o direito de irracionalidade. Propõe, no lugar, a razoabilidade.²⁴ Assim, não se opera somente pela perspectiva do resultado, pois negar facticidade ao direito implica argumentar com base nas leis e precedentes²⁵. Alexy rebate especificamente as críticas de Habermas no sentido de que a sua teoria permitiria a instituição de um discurso ilimitado pelo Poder Judiciário, negando a vontade popular manifestada na legislação. De fato, afirma a indeterminação da vontade do legislador a partir do texto legal, sendo a proposta menos apropriada para responder e manter a intenção democrática posta na lei.²⁶ De toda forma, para os fins deste artigo, argumentar com a cooriginariedade entre direito e moral tem reflexos mais claros no aspecto da intersubjetividade. Por mais que Alexy traga os relevantes argumentos da correção moral do direito e da injustiça para afastar prescrições jurídicas, tratar do direito como um caso especial do discurso prático geral²⁷ parece atribuir à subjetividade papel demasiadamente importante no processo, negando autonomia ao ordenamento frente à moral

Leonardo da Rocha de. Entre a universalidade e a criticidade: a questão da précompreensão desde Gadamer e Habermas. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 4, n. 1, p. 42-43, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4182>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

19 ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, V. 23, n. 2, junho 2010, p. 167-182. p. 173-174 e 176.

20 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2011. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Nunes. p. 41-43 e 93-94.

21 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2011. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Nunes. p. 62-64, 112 e 153-154.

22 ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, V. 23, n. 2, junho 2010, p. 167-182. p. 178-179.

23 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2011. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Nunes. p. 151-152.

24 ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, V. 23, n. 2, junho 2010, p. 167-182. p. 171-172.

25 ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, V. 23, n. 2, junho 2010, p. 167-182. p. 179.

26 ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, V. 23, n. 2, junho 2010, p. 167-182. p. 179-180.

27 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2011. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Nunes. p. 97.



(ainda que não haja independência, como propõe o positivismo²⁸). Conceber a relação como de cooriginariedade/complementariedade, privilegia a intersubjetividade e a linguagem, tão próxima da hermenêutica gadameriana.

Em Gadamer, a hermenêutica é compreendida como experiência, estando a complexidade social sempre traduzida pela linguagem, razão pela qual esta constitui o ponto em comum da existência. Trata-se de verdadeira condição de possibilidade para a compreensão do mundo e da relação entre os sujeitos. Ainda assim, reconhece-se a incompletude da linguagem, que está sempre em reconstrução diante do confronto com a realidade, sendo impossível o aprisionamento das coisas em conceitos.²⁹

Acerca do tema, também merecem destaque as considerações de Hannah Arendt sobre a condição humana. A autora afirma que o homem é um animal político na medida em que só se relaciona com os demais sujeitos através da linguagem, sendo homens os: “[...] que vivem e se movem e agem neste mundo, só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos”, de modo que tudo o que entra em contato com o ser humano, então, passa a condicioná-lo.³⁰ A política, então, é inerente ao ser humano que convive com os demais, sempre condicionado neste aspecto enquanto inserido na linguagem.³¹

E é neste sentido que se acompanha Clarissa Tassinari ao diferenciar o ativismo judicial, na forma como exposto acima, da judicialização da política. Como visto, não há como excluir a moral e a política do exercício da jurisdição a partir da hermenêutica filosófica. O fenômeno da judicialização da política, assim, é produto de uma série de fatores: do constitucionalismo do segundo pós-guerra, incluindo catálogos de direitos nos textos constitucionais; a ideia da Constituição como norma; a criação de tribunais constitucionais; o aumento da litigiosidade; a

28 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2011. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Nunes. p. 03 e 11-12.

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, São Paulo: Vozes, 1999. p. 493, 517 e 556. LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Entre a universalidade e a criticidade: a questão da précompreensão desde Gadamer e Habermas. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 4, n. 1, p. 44-46, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4182>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

30 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 12-17.

31 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 31.



ideia de sociedade de massa; a crise de representatividade política; e a ampliação do acesso à justiça para a concretização de direitos.³²

São estas as bases que orientarão a apresentação dos critérios para o exercício da atividade jurisdicional. A partir de autores que reconhecem o círculo hermenêutico e a ideia de que não há como observar a sociedade e o direito como um objeto, mas que constituem o contexto no qual o ser humano/observador está inserido e pelo qual é condicionado.

E para fechar este tópico, vale o destaque de Gilles Lipovetsky acerca da sociedade contemporânea. O autor francês trabalha com a categoria hipermodernidade, que decorre da massificação do consumo também a partir do segundo pós-guerra³³, na qual se busca o imediatismo e a novidade, desaguando na transitoriedade das relações e experiências, mas que, ao passo que busca superar o passado, vive um: “[...] presente paradoxal, um presente que não pára de exumar e ‘redescobrir’ o passado”.³⁴ É a partir desta reconstrução que Lipovetsky verifica que a hipermodernidade: “[...] longe de ter provocado a aniquilação de todos os valores, permitiu que as democracias se reconcilhassem com seus princípios morais básicos: os direitos humanos”³⁵.

3 CRITÉRIOS PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Retomando a exposição do tópico anterior, reforça-se que o foco da jurisdição deve ser a concretização de direitos fundamentais. A crítica ao ativismo judicial pensado a partir da ideia de direito em Alexy tem relação com a sua subordinação à moral, mas não se projeta como uma crítica meramente formal, que pretende abstrair os valores do direito. De fato, como dito, tal pretensão fica prejudicada sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, sendo inevitável a influência da tradição diante da inserção do sujeito na linguagem e do reconhecimento do círculo hermenêutico.

32 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Livro eletrônico. n/p.

33 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 23-24.

34 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 85.

35 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 118.



Todavia, o que se nega é o assenhoreamento do texto por parte do intérprete através da sua utilização como ferramenta, sem o constrangimento epistemológico que lhe é imposto pela intersubjetividade composta e pela linguagem.³⁶

Neste contexto, a proposta também é superar a jurisdição como projetada para a modernidade, conforme a abordagem de Ovídio Baptista da Silva no seu texto “*A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*”. Neste, o autor critica a figura do juiz “boca da lei” concebida a partir da Revolução Francesa. O jurista gaúcho questiona a identificação do texto à norma presente na delegação do poder de decidir ao Poder Legislativo, sendo anulado o Poder Judiciário na definição de uma resposta ao problema jurídico, limitando-se à função de declarar/reproduzir a normatividade contida na lei. De fato, no texto se fala, com amparo na doutrina de António Castanheira Neves, que o monopólio estatal da jurisdição levou ao esvaziamento do direito, que cada vez mais se afasta da justiça para se vincular a interesses políticos.³⁷

Referido doutrinador português compreende que não há como cindir completamente os fatos/realidade do texto legal. Ambos se influenciam e constroem reciprocamente. Tal informação fica evidente quando Castanheira Neves afirma que:

O problema jurídico é problema que se põe perante um dado-pressuposto – dado pressuposto susceptível de justificar que o problema se ponha -, mas é pelo problema posto que se delimita o âmbito de relevância desse dado (da situação) e este se converte para aquele problema em seu objecto. Será, assim, errado (porque metodologicamente impossível) querer considerar, relativamente a um problema jurídico, a situação (com seus factos) e a intenção normativo-jurídica (com os seus critérios) como uma e outra se ofereceriam independentemente da sua inserção nesse problema, cada uma apenas em si, ou abstraindo da correlativa determinação que recebem na unidade problemática, e em cuja perspectiva elas apenas podem ter sentido como elementos do problema. Unidade problemática, diga-se por último, que unicamente também pode ser critério da sua identidade.³⁸

Com este elemento em vista, é possível verificar que o autor escreve a partir da hermenêutica filosófica, considerando o círculo hermenêutico em suas ponderações. Daí a

36 STRECK, Lenio Luiz. Constrangimento Epistemológico. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. Livro eletrônico. n.p.

37 SILVA, Ovídio Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Editora Magister S/A, v.4, n.19, jul. 2007, p. 22-40.

38 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 46.



relevância do seu pensamento para esta pesquisa e à jurisdição no Estado Democrático de Direito, especialmente quando se observa que suas colocações têm por base um país com tradição jurídica vinculada ao *civil law* e que trabalha a jurisdição num contexto de redemocratização após um período autoritário, tendo por referência a Constituição portuguesa de 1976.

Neste sentido, sustenta-se que o Poder Judiciário, no âmbito do Estado Democrático de Direito, deve ter independência, com a emissão de juízos autônomos que reflitam intenções de direito material:

[...] no Estado-de-Direito, tal como ele hoje deverá ser entendido, porque não é actualmente outro o seu sentido – o Estado-de-Direito que, através e para além dos princípios da separação dos poderes e da vinculação à lei (ao direito), se propõe e tem mesmo por fundamento uma intenção axiológico-jurídica material a que o poder se há-de submeter e em que este há-de reconhecer o seu último critério, o Estado-de-Direito material, portanto, a função jurisdicional é chamada a assumir a intenção material do direito para justamente a impor, não só como dimensão essencial de toda a vida social, mas ainda como limite e critério crítico (o limite e a crítica de direito) ao poder, e enquanto é isso condição para que se realize uma certa ideia de Estado e se cumpra um determinado projecto de vida humano-comunitária, decerto que é ela assim convocada a uma função política. Só que a função jurisdicional apenas se desempenhará autenticamente desta função política naquele Estado se também no seu cumprimento funcional, ou nas suas decisões, não for determinada pela específica intenção política e sim pela autônoma intenção do direito.³⁹

Ou seja, não se identificando a realidade ao direito, o discurso do Poder Judiciário necessariamente tem carácter político. Tal juízo, contudo, deve ser independente, representando uma intenção política do direito que limite e critique a intenção política do governo, visto que a identificação de uma à outra levaria ao conhecimento da função jurisdicional como uma função de política do direito. Nesta hipótese, o poder político não encontra limites no direito, que apenas o ampara em suas intenções, o que ocorre em estados autoritários e não tem vez sob a ótica do Estado Democrático de Direito.⁴⁰

Expostos tais elementos é que se passa ao exame das quatro notas evidenciadas por António Castanheira Neves acerca da jurisdição. Trata-se de uma abordagem sobre a natureza deste juízo autônomo da função jurisdicional, que versa sobre: “[...] o objeto da decisão, o

39 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 430-431.

40 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 432-433.



critério normativo, o modo metodológico e a intencionalidade axiológica desse juízo [...]”.⁴¹

Acerca do *objeto*, são válidas as observações até então postas acerca do pensamento do autor português a respeito da impossibilidade de cindir absolutamente os fatos do direito. Considera-se a impossibilidade de o texto legal (de fato, qualquer abstração, sob a ótica da hermenêutica filosófica) aprisionar a realidade, para se concluir que a decisão judicial tem por matéria a controvérsia na realização do direito em um caso concreto, analisando os fatos e os posicionamentos tomados pelas partes interessadas. Diferentemente da legislação, que manifestam intenções políticas de direcionamento do Estado, sob a ótica da finalidade, a jurisdição avalia a validade dos discursos, argumentos e pretensões diante de um contexto.⁴²

No que diz respeito ao *critério normativo*, reiterando-se as observações de Ovídio Batista, este não se resume ao direito positivado, na perspectiva de uma atividade meramente subsuntiva. Também não pode se limitar a reproduzir a finalidade política do texto legal, passando pelo entendimento de que: “[...] ele não se determina normativamente em função de efeitos, que possa provocar ou seja susceptível de impor, e sim pelo cumprimento de um fundamento de validade”.⁴³

Nesse ponto, não se trata de excluir a intenção política constante do direito positivado nem de negar-lhe a importância, visto que, como exposto anteriormente, há influência mútua entre o direito e a realidade na e pela linguagem. A lei segue decisiva para a atividade jurisdicional, sendo analisada a validade do fundamento que a ampara, também se concretizando a intenção política e pragmática nela contida. Nestes termos, a intenção de justiça do juízo emitido no exercício da função jurisdicional deve sempre, em alguma medida, se pautar na realidade social, jamais dela se afastando, assim como das disposições normativas, para o exame da validade dos argumentos.⁴⁴

A partir deste contexto, Castanheira Neves vislumbra que o problema está na identificação da atividade jurisdicional com a política, pois tal característica se apresenta nos

41 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 438.

42 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 438-440.

43 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 442-443.

44 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 451-454.



estados autoritários. Afirma, assim, que a jurisdição não pode se resumir nem ao poder institucionalizado, nem se subverter às questões concretas.⁴⁵

E tais considerações estão intimamente relacionadas com a doutrina de Friedrich Müller. Também consciente do círculo hermenêutico, o autor compreende que a concretização do direito ocorre no processo de decisão.⁴⁶

A crítica de Müller se volta tanto ao positivismo como ao antipositivismo, que constituem extremos conhecidos como voluntaristas nos quais o direito pode se tornar mero instrumento de dominação.⁴⁷ Passa, também, por não admitir a prévia fixação de métodos interpretativos, visto que se revelam estruturas nas quais se esconde essa dominação e as arbitrariedades no direito.⁴⁸ Reconhece-se a interrelação entre o direito e a realidade para concluir que: “A norma não existe, não é ‘aplicável’. Ela é produzida apenas no processo de concretização”.⁴⁹

Releva mencionar que o autor alemão agora sob exame dedicou um capítulo específico do texto “Teoria estruturante do direito I”, para tratar do problema da tópica. Classifica os *topoi* como opiniões fechadas ao texto normativo, que é apenas tido como um *topos* entre outros, sendo viável seu afastamento pelo intérprete sem maiores constrangimentos.⁵⁰

Tal observação é fundamental. Identificar o direito à moral com Robert Alexy, sujeitando-o a uma falsa subordinação aos valores, que podem simplesmente afastar as disposições normativas a partir da subjetividade, é uma atitude que desconsidera a interrelação entre o direito e a realidade. Logo, tal vertente não tem espaço quando se escreve a partir da hermenêutica filosófica e abre espaço para a identificação da jurisdição ao exercício arbitrário do poder.

Ou seja, o exercício da atividade jurisdicional está vinculado ao texto legal, à realidade

45 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 455-460.

46 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 13-15 e 32-33.

47 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31-32.

48 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48-49 e 53-54.

49 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

50 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67-73.



e a tudo o que compõe a intersubjetividade, devendo todos estes aspectos serem propriamente enfrentados. Assim sendo, revela-se, com efeito, uma tarefa extremamente difícil ou impossível, tendo em vista os horizontes que limitam e legitimam o juízo de qualquer ser humano em sua finitude.

Estas colocações se relacionam com os efeitos da consideração da hermenêutica filosófica nas fontes do direito, visto que estas passam a compreender tudo o que compõe a intersubjetividade quando a linguagem é conhecida como condição de possibilidade para a vivência em sociedade.⁵¹ Tal ampliação e horizontalização das fontes torna mais complexo o exercício da atividade jurisdicional, que, para Wilson Engelmann passa a examinar tais elementos a partir dos filtros da Constituição e dos princípios para chegar a uma solução mais razoável para os problemas, não a uma resposta correta.⁵²

Com este contexto em vista é que Castanheira Neves vai tratar do *modo metodológico* a partir do qual a atividade jurisdicional se vincula ao *critério normativo*. O autor português trabalha com a categoria justiciabilidade, assim compreendida:

A justiciabilidade, como condição do jurídico, exigiria a determinação objectiva dos critérios normativos, em termos de eles serem susceptíveis de uma aplicação – ou, simplesmente, só teria jurídica a normatividade susceptível de uma aplicação objectiva.⁵³

Em que pese a impossibilidade de se fixar um método capaz de aprisionar a complexidade na qual se insere a atividade jurisdicional, não significa que esta não esteja constrangida metodologicamente. Deve-se impor e reconhecer à decisão judicial o ônus de expor racionalmente os fundamentos do conteúdo decisório. É a partir de tal transparência que se viabiliza o exame dos elementos que influenciaram o julgamento, bem como o seu controle

51 ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. p. 08-09. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

52 ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. p. 16-17. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

53 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 181-182.



racional.⁵⁴

E o último elemento trabalhado por Castanheira Neves é a *intencionalidade axiológica* do juízo autônomo emitido no exercício da atividade jurisdicional. Tal é, como destacado anteriormente, uma intenção do direito, que se realiza na perspectiva da validade, não da oportunidade, assumindo uma função contra majoritária. No contexto do Estado Democrático de Direito, não pode o direito servir como instrumento do poder político, de modo que sua intenção deve permear a atividade jurisdicional a fim de criticar e limitar as medidas políticas quando desarrazoadas e contrárias ao direito.

No Brasil, o que se vislumbra é que este fundamento seja a *dignidade da pessoa humana*, diante do que dispõe o art. 1º da Constituição Federal de 1988. A categoria, contudo, é polissêmica e a complexidade que envolve a sua definição será abordada no último tópico do desenvolvimento deste artigo.

4 A LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito de dignidade da pessoa humana não está à disposição do sujeito. Compreender os constrangimentos a que estão submetidos os intérpretes passa pelo exame da doutrina a respeito do tema, especialmente quando considerada a ampliação das fontes do direito.

A previsão da categoria, como fundamento do Estado brasileiro, não autoriza o seu uso como *trunfo argumentativo* e instrumento para a limitação da autonomia dos sujeitos mediante a imposição de medidas paternalistas e moralistas⁵⁵, nem como: “[...] mais um belo rótulo para a proteção dos interesses da classe média e da elite”.⁵⁶

54 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 460-461.

55 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 183.

56 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 239.



A interpretação correta do princípio da dignidade humana leva a conclusões que *emancipam a sociedade de práticas opressoras e injustas*.⁵⁷ De fato, tal afirmação encontra maior relevância principalmente após a Segunda Guerra Mundial, com a positivação da dignidade como um princípio jurídico, como ocorre na Constituição brasileira de 1988.⁵⁸ Observa-se, ainda, que tal perspectiva considera uma relevante guinada na concepção do ser humano ocorrida no início do século XX, reconhecendo a historicidade e as necessidades materiais dos sujeitos, não sendo compreendidos os indivíduos em abstrato, como se propôs com as revoluções liberais.⁵⁹

Assim, embora no Brasil a sociedade ainda esteja muito dividida em classes/estamentos e seus privilégios, o que dificulta a universalização da dignidade da pessoa humana⁶⁰:

O certo é que os pilares da ordem constitucional brasileira convergem para uma compreensão da pessoa humana como *centro e razão última da ordem jurídica*. Mas se trata da pessoa concreta, enraizada, de carne e osso, que tem o direito de se autodeterminar, mas também experimenta necessidades materiais e espirituais, e que só realiza na vida em sociedade em sua relação com o outro.⁶¹

Portanto, a dignidade da pessoa humana é o fundamento e a finalidade do Estado e da ordem jurídica, constituindo a diretriz que orienta todos os processos de interpretação na sociedade.⁶²

Tal concepção passa pelo reconhecimento do valor intrínseco da pessoa, cuja dignidade deriva da sua essência, não podendo ser excluída por qualquer autoridade, divindade ou pelo Estado.⁶³ Também, implica sustentar que as pessoas não podem servir de instrumento à consecução de objetivos específicos, porquanto são, em última análise, o fim do Estado e do

57 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 19. Grifado.

58 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 52.

59 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 49-50.

60 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 59-60.

61 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 74. Grifado.

62 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 78-79.

63 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104.



ordenamento.⁶⁴ A dignidade opera, portanto, como um trunfo em face de políticas que relativizam a vida e a pessoa humana, como um critério de justiça em face das decisões do coletivo.⁶⁵

Por essa razão, deve-se compreender a democracia como não paternalista, mas como um modo de zelar pela maior liberdade do indivíduo sem rotular as condutas como dignas/indignas ou morais/imorais para proibi-las e coibi-las.⁶⁶ Acerca da referida liberdade, cabe salientar que esta não deriva somente da “[...] ausência de constrangimentos externos à ação humana [...]”, mas é resultado da promoção de condições materiais para a autodeterminação e a possibilidade de o sujeito definir sua vida boa e felicidade, independentemente da lógica/razão da sua conduta decisória.⁶⁷ E mais, além das condições materiais, a liberdade aqui projetada também passa pela superação de barreiras culturais como o machismo e o racismo.⁶⁸

É evidente que a postura ativa do Estado não está plenamente dissociada do paternalismo, mas está inserido numa ótica em que o moralismo vai operar no sentido de permitir que as pessoas façam suas “[...] próprias escolhas existenciais”, não como limitador da autonomia. Em outras palavras:

[...] a moral crítica não bloqueia a autonomia privada dos indivíduos para a prática de atos que *não causem danos*, mas, ao contrário, impõe limites para as deliberações da coletividade, *interditando intervenções injustificadas na esfera da liberdade individual*.⁶⁹

Neste contexto, o mínimo existencial se apresenta como um direito em si mesmo, independente. Tal visão concebe o Estado não como garantidor apenas da liberdade, mas com o papel de promover as condições para o atendimento de todas as necessidades humanas, dentre

64 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 108-109.

65 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 132.

66 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 148.

67 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 153.

68 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 156.

69 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 181. Grifado.



elas a liberdade.⁷⁰ Deve abranger todas as condições socioculturais de modo a permitir uma vida digna, incluindo a inserção do sujeito na vida social.⁷¹ Afinal, somente assim os sujeitos serão capazes de determinar o que compreendem como vida boa e definir seu jeito de viver dentro da sociedade.

É neste contexto que vale o destaque da lição de Ferrajoli a respeito dos bens fundamentais. Não basta a declaração dos direitos para sua garantia e concretização e aqui opera a categoria bens fundamentais, que devem ser acessíveis a todos e, portanto: “[...] são subtraídos à lógica do mercado [...]”. Assim, compreende-se, acompanhando referido autor, que se deve: “[...] submeter ao direito as relações de mercado”.⁷²

Logo, o direito e os direitos fundamentais devem atuar de modo a proteger este núcleo indisponível da “[...] subtração tanto às decisões da política quanto ao mercado”, cujo limite “paternalístico”⁷³ obsta “[...] a regressão ao estado de natureza”. Vislumbra-se, portanto, uma dimensão substancial da democracia, na qual: “Sempre os direitos fundamentais se afirmam como leis do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que vigorava e vigoraria na sua ausência”. Em outras palavras:

O paradigma da democracia constitucional não é outro que a sujeição do direito ao direito gerada por essa dissociação entre vigor e validade, entre mera legalidade e estreita legalidade, entre forma e substância, entre legitimação formal e legitimação substancial [...] o princípio formal da democracia política relativa a quem decide e a como se decide – em outras palavras, o princípio da soberania popular e a regra da maioria – subordina-se aos princípios substanciais expressos pelos direitos fundamentais e relativos a isso que não é lícito decidir e a isso que não é lícito não decidir.⁷⁴

Diante de tais elementos, é possível compreender o Poder Judiciário e o seu papel dentro do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Cabe, também, à jurisdição promover democracia através da concretização de direitos fundamentais, tutelando esses direitos em face

70 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207.

71 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 217.

72 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto *et al.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Livro eletrônico. n/p.

73 Lembra-se que o moralismo que permeia a assertiva tem o condão de ampliar a autonomia dos sujeitos, não impor definições acerca do certo e do errado.

74 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto *et al.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Livro eletrônico. n/p.



das maiorias eventuais e garantindo o acesso aos bens fundamentais. Tudo isso de modo a permitir o exercício do moralismo na forma anteriormente mencionada, que tem por objetivo ampliar a autonomia dos sujeitos, pensando a dignidade como instrumento de emancipação.

De fato, esta responsabilidade não se limita ao Estado e à jurisdição, passa pelo reconhecimento da solidariedade como uma responsabilidade comum diante da injustiça estrutural, de modo a permitir o acesso a materiais necessários ao desenvolvimento das pessoas.⁷⁵ Esta responsabilidade também pode ser expressa pela categoria deveres fundamentais, que encontram na dignidade humana seu “[...] apoio estrutural [...]” e têm por finalidade a integração social, a colaboração entre os sujeitos para a convivência.⁷⁶ Tal perspectiva a respeito da solidariedade, como explica Arango, se concretiza com a prática e a realização de direitos humanos.⁷⁷

Em apertada síntese, este é o conceito de dignidade da pessoa humana que deve pautar a criação/interpretação do direito não só pelo Estado, mas por toda a sociedade, nas atribuições que decorrem do dever fundamental de solidariedade. A jurisdição deve estar voltada à manutenção e efetivação de direitos fundamentais.

Com efeito, tais considerações a respeito da dignidade da pessoa humana se aproximam das tecidas no artigo “O princípio da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas regidas pela Lei 13.105/2015”⁷⁸. No referido trabalho, examina-se diversas disposições do Código de Processo Civil de 2015, sempre sob a ótica da dignidade da pessoa como tratada neste tópico. A ideia é justamente avaliar como se dispôs na legislação aquilo que vem previsto no artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, ressaltando os perigos de uma tecnicidade voltada à “[...] ligeireza e a impulsividade por solução de demandas [...]”, posto que o processo deve estar

75 ARANGO, Rodolfo. Solidaridad, democracia y derechos. *Revista de Estudios Sociales*. Bogotá, n.º. 46 (2013): 44. Disponível em: <<https://doi.org/10.7440/res46.2013.05>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

76 MENDONÇA, Suzana Ma. Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. *Rev. Derecho, Montevideo*, n. 18, p. 96, dic. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200091&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24 ago. 2021.

77 ARANGO, Rodolfo. Solidaridad, democracia y derechos. *Revista de Estudios Sociales*. Bogotá, n.º. 46 (2013): 52. Disponível em: <<https://doi.org/10.7440/res46.2013.05>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

78 MEDEIROS NETO, Elias Marques de; GERMINARI, Jefferson Patrik. O princípio da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas regidas pela Lei 13.105/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s. l.], v. 21, n. 2, p. 66-69, 2020. DOI 10.12957/redp.2020.50799. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/50799>>. Acesso em: 25 ago. 2021.



sempre preocupado com a garantia da dignidade da pessoa humana e a concretização de direitos fundamentais.⁷⁹

No ponto, vale mencionar o texto de Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, intitulado “Por um novo paradigma processual”. Neste, expõe-se que:

[...] qualquer interpretação do sistema em perspectiva formalística (a forma pela forma) que não busque um formalismo constitucionalmente adequado (vocado à defesa e manutenção dos direitos fundamentais, em perspectiva normativa) estará desgarrada do modelo constitucional e representará um retrocesso.⁸⁰

Referido trabalho faz séria crítica às reformas legislativas editadas, visando ao aprimoramento da *eficiência* na administração da justiça pelo Poder Judiciário. Isso na medida em que têm base na lógica do “mercado”, prezando por “previsibilidade” e celeridade, sem necessariamente se atentar às garantias constitucionais.⁸¹ E, no mesmo sentido, critica-se uma jurisdição pautada pelas consequências das decisões, e prezando pelo julgamento pautado por princípios.⁸²

A jurisdição e o próprio processo devem estar orientados pela ideia de que a pessoa é o centro, o fundamento e a finalidade de todo o ordenamento jurídico. A coerção, ou a facticidade, nos termos propostos por Habermas, que caracteriza o direito inserido num contexto de inevitável dominação, não justifica o exercício arbitrário do poder dentro do Estado Democrático de Direito. E, sob tal perspectiva, qualquer utilização do processo que não esteja amparada nesta ideia não é compatível com o que se espera da figura estatal no Brasil contemporâneo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; GERMINARI, Jefferson Patrik. O princípio da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas regidas pela Lei 13.105/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s. l.], v. 21, n. 2, p. 73, 2020. DOI 10.12957/redp.2020.50799. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/50799>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁸⁰ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, jan./jun. 2008. p. 84.

⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, jan./jun. 2008. p. 92.

⁸² NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, p. 9-52, 2010.



Após a análise de todos os elementos destacados ao longo desta pesquisa, conclui-se que não cabe, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, o exercício de nenhum poder sem limitações. Nem mesmo a defesa da dignidade da pessoa humana é ilimitada. Essa constatação passa pela “justeza metodológica” pautada na hermenêutica filosófica.

Reconhecer o condicionamento dos discursos a partir da intersubjetividade formada na e pela linguagem, afasta a aposta no protagonismo do Poder Judiciário como herói. De fato, justificar decisões unicamente na dignidade da pessoa humana, como um valor capaz de afastar o direito passa por negar a limitação do exercício do poder judicial.

Neste contexto, ganha-se relevância a doutrina de Antônio Castanheira Neves. O autor compreende que o direito e a realidade estão intimamente relacionados, influenciando-se reciprocamente. Não é possível aprisionar as coisas em conceitos/abstrações, de modo que a norma não se identifica com o texto legal.

Logo, o *objeto* da decisão judicial necessariamente é um caso concreto, a validade dos discursos diante deste, não o ordenamento jurídico em abstrato. O *critério normativo* está vinculado a toda a intersubjetividade intermediada pela linguagem e jamais aprisionada em um dado como o texto legal. Ou seja, assume-se que há uma insuficiência na decisão pautada nestes termos e ganha relevância o seu *modo metodológico*, tido como a capacidade de se fundamentar expressamente as conclusões a que se chega, viabilizando o controle racional do poder manifestado no exercício da atividade jurisdicional.

E, como se expôs ao longo do texto, não há ação do ser humano em convívio que não seja política nem tenha carga valorativa, inclusive, o juízo autônomo de justiça que cabe ao Poder Judiciário emitir. No Brasil, esta *intencionalidade axiológica* é a dignidade da pessoa humana. Esta não pode funcionar como um trunfo argumentativo que legitime qualquer decisão, mas constitui o filtro para avaliar a legitimidade e validade dos discursos que se chocam em um caso concreto.

A partir destes elementos que se vislumbra a possibilidade de se concretizar a ideia de dignidade da pessoa humana como fundamento e finalidade da ordem jurídica, afastando-se a ideia de processo como mero instrumento e se aproximando de conhecê-lo como instituto garantidor de direitos fundamentais.



REFERÊNCIAS:

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2011.
Tradução Gercélia Batista de Oliveira Nunes.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, V. 23, n. 2, junho 2010, p. 167-182.
- ARANGO, Rodolfo. Solidaridad, democracia y derechos. *Revista de Estudios Sociales*. Bogotá, nº. 46 (2013): 43-53. Disponível em: <<https://doi.org/10.7440/res46.2013.05>>. Acesso em: 24 ago. 2021.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014.
- CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v.6, n. 6. jul./dez. 2010. p. 546-571. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>>. Acesso em: 16 ago. 2021.
- ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto *et all*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Livro eletrônico.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meuer, São Paulo: Vozes, 1999.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.



- LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Entre a universalidade e a criticidade: a questão da pré-compreensão desde Gadamer e Habermas. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 4, n. 1, p. 36-53, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4182>>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de; GERMINARI, Jefferson Patrik. O princípio da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas regidas pela Lei 13.105/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s. l.], v. 21, n. 2, p. 62–98, 2020. DOI 10.12957/redp.2020.50799. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/50799>>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- MENDONCA, Suzana Ma. Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. *Rev. Derecho*, Montevideo, n. 18, p. 91-116, dic. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200091&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24 ago. 2021.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, jan./jun. 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, p. 9-52, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, Ovídio Baptista da. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Editora Magister S/A, v.4, n.19, jul. 2007, p. 22-40.
- STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento*. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).



- STRECK, Lenio Luiz. Constrangimento Epistemológico. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. Livro eletrônico.
- STRECK, L. L. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206. p. 38, abr-jun. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448>>. Acesso em: 17 ago. 2021.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Livro eletrônico.