

**O DESAFIO DA ARGUMENTAÇÃO
RACIONAL NO CONTEXTO
PÓS-POSITIVISTA: UMA NOVA
PREOCUPAÇÃO HERMENÊUTICA
NA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS
HUMANOS**

André Del Grossi Assumpção
Lucas Rafael da Silva Delvechio

CAPÍTULO

01

1. Introdução

A afirmação dos Direitos Humanos decorreu, historicamente, de modo tortuoso entre as perspectivas da axiologia Jusnaturalista e do tecnicismo Juspositivista. Desenvolveu-se em meio ao paradoxo da afirmação da Justiça enquanto valor supralegal, de contornos não bem definidos na primeira abordagem e, por sua vez, a invocação de direitos exclusivamente formais, reconhecidos pelo ordenamento positivo, na segunda ótica. Partindo de considerações sobre esse problema fundamental, o objetivo do presente estudo é destacar – ainda que de modo despretensioso – o esforço hermenêutico que está envolvido na busca por uma nova racionalidade argumentativa que supere as posições tradicionais (ou sirva ao propósito de reconciliá-las) em busca de um necessário equilíbrio epistemológico entre os planos valorativo e dogmático.

O presente estudo se lança, inicialmente, à notícia sobre as diferentes vertentes do pensamento afeto ao Direito Natural, que alcançou um universo notavelmente amplo de tempo na História e se desdobrou em diferentes perspectivas fundamentadoras. Ainda que os direitos sejam hoje reconhecidos por sua historicidade, o Jusnaturalismo se afirmou, por exemplo, a partir da invocação de uma ordem cosmológica pelos gregos antigos, ou da sabedoria e da onipotência divinas, no caso do pensamento teológico medieval. Dessa forma, o campo da justiça apontaria um conteúdo, em grande medida, estanque, em que pese a crítica ter evoluído no sentido da revelação de seu caráter extremamente mutante e variável. Sob o mesmo contexto, diferentes vertentes se acumularam e se sobrepuseram ao longo do tempo, oferecendo perspectivas bem diversas para sustentação de valores fundamentais que ultrapassam o texto legal, mas com grande subjetividade e, tantas vezes, de modo inefável.

Em um segundo momento, o texto está dedicado à ilustração do modo como o ânimo cientificista do Século XIX se espalhou pelas Ciências Sociais e tomou, também, o espaço do Direito, com a proposição de uma nova Ciência Jurídica “pura”, livre de considerações metafísicas e calcada exclusivamente no estudo normativo. O texto procura sinalizar, nesse ponto, o contexto no qual a norma escrita passou a ser o principal ponto de esteio da organização social, cuja manutenção e afirmação ancorava-se na presunção absoluta de legitimidade e validade das instituições do Estado, como uma máquina geradora do dogma jurídico. O sentido da produção do direito daí resultante residiria na mente do Legislador, cabendo ao intérprete apenas alcançá-lo por

meio da exegese do texto legal, sem qualquer antinomia.

Em seguida, o estudo avança por tópicos dedicados a explicitar a insuficiência do paradigma tradicional especialmente no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos: a necessidade de protegê-los para além e, até mesmo, *contra* o ordenamento estatal. Inclusive, essa mesma proteção é ilustrada de modo direto pela própria ênfase na variação terminológica a que se submete o tema (pela distinção entre direitos humanos e fundamentais), para evidência da superação necessária que se faz sobre o pensamento normativo meramente silogístico e restrito à produção positiva estatal.

A seu tempo, revela-se, por consequência, o novo paradigma hermenêutico que é inerente à proposta dita “pós-positivista” para superação da insuficiência precitada, com um novo arranjo da posição do Estado na estrutura do ordenamento. Procura-se demonstrar que esse desenlace do tema não se oferece de modo fácil, porque implica a revisão das proposições tradicionais sobre fontes do Direito em um mundo globalizado, revistas, então, sob um ponto de vista plural e encerra um novo esforço de racionalidade argumentativa que não implique simples retorno às proposições jusnaturalistas e que esteja comprometida com respostas convincentes perante a multiplicidade dos interessados. No âmbito dessa “Nova Hermenêutica”, precedentes nacionais e internacionais ocupam um papel especial, cuja maior eficácia racionalizadora está apoiada, precisamente, no compromisso com a análise cautela da *ratio decidendi* dos casos paradigmáticos para estabilização da atividade interpretativa judicial (e consequente exigência de demonstração da superação ou distinção como pressupostos da própria validade da fundamentação jurídica no cenário contemporâneo).

2. Brevidades sobre o Jusnaturalismo histórico

Conforme Gilmar Antônio Bedin (2006, p. 240), o Jusnaturalismo correspondeu à mais antiga (de consequência, a primeira) perspectiva de compreensão teórica do fenômeno jurídico, razão pela qual muitas vezes seu percurso se confunde com o próprio curso histórico da Filosofia do Direito. Surgiu, assim, ainda na Grécia antiga e teve entre seus primeiros defensores Heráclito de Éfeso (540 a.C. a 470 a.C.) e Sófocles (497 a.C. a 406 a.C.), este último quem escreveu a famosa tragédia Antígona (442 a.C.), que ilustra a ordem superior natural como fundamento maior das regras de comportamento social.

No conto de Sófocles, Polínice foi morto após tentar dar um golpe de Estado em Tebas, governada por Creonte. Por esse motivo, Creonte determinou que o corpo do traidor não poderia ser enterrado - o que era considerado algo de grande desonra para a tradição da época -, tendo o mesmo fim aquele que desobedecesse a sua ordem. Desafiando a norma régia, Antígona, irmã de Polínice, celebrou todos os rituais fúnebres em favor do falecido. Em sua defesa contra a irrisignação da autoridade, buscou amparo na invocação das leis dos deuses, que prescreviam o direito das famílias de enterrar seus mortos, fazendo apelo ao princípio de justiça, que constituiria fundamento externo e imutável do direito natural (BEDIN, 2006, p. 240-241)¹.

Com antecedentes históricos tão antigos, seria previsível, então, que a expressão Jusnaturalismo comportasse vários paradigmas diferentes. Antônio Braz Teixeira classifica as concepções jusnaturalistas, fundamentalmente, em: (a) essencialista ou substancialista - que se subdivide em cosmológica, teológica e antropológica ou racional; (b) formalista; e (c) existencialista (TEIXEIRA, 2006, p. 191).

A concepção essencialista ou substancialista fundamentou e legitimou a organização normativa da vida social na própria natureza, a partir da almejada reprodução da ordem superior que rege o mundo natural, de modo substancial e permanente, imutável, absoluto, válido em todos os lugares (TEIXEIRA, 2006, p. 214-216). Entre as posições essencialistas, a perspectiva cosmológica retrata o pensamento inaugural dos gregos antigos, que fundamentava o direito e a justiça na relação eterna e circular de tudo que existe com o Cosmos. Decidir com justiça implicaria decidir de acordo com a dinâmica do próprio universo, portanto (TEIXEIRA, 2006, p. 184-186). O paradigma cosmológico no pensamento jusfilosófico teve uma amplitude temporal muito extensa e prevaleceu, também, a partir da Escola Estóica de Zenão (350 a.C. a 260 a.C.), que enfatizou noções de igualdade natural entre os cidadãos e a submissão ao ideal de justiça independentemente do destino que implicasse; estendendo-se sua influência sobre a atividade jurídica até os primeiros séculos da Era Cristã,

1 - O diálogo entre as personagens Creonte e Antígona bem demonstra a pretensão de superioridade da lei divina sobre a lei da autoridade terrena: “CRÉON: Dize, tu que aí estás, tu, de cabeça baixa: negas ou confessas teres feito aquilo? ANTÍGONE: Eu confesso tudo, nada negarei. CRÉON: (Ao GUARDA) Vai-te embora tu, vai-te aonde quiseses: estás livre, nada pesa sobre ti. (sai o GUARDA, A ANTÍGONE) E tu, dize logo, sem quaisquer rodeios: conhecias a ordem que vedava aquilo? ANTÍGONE: Sim. Como ignorá-la? Era público o edito. CRÉON: Não obstante, ousaste infringir minha lei. ANTÍGONE: Porque não foi Zeus que a editou, nem foi a que vive com os deuses subterrâneos – a Justiça – quem aos homens deu tais normas. Nem nas tuas ordens reconheço força que a um mortal permitia violar aquelas não-escritas e intangíveis leis dos deuses. Estas não são de hoje, ou de ontem: são de sempre; ninguém sabe de quando foram promulgadas. A elas não há quem, por temor, me fizesse transgredir, e então prestar contas ao Numes. Bem sei, como não? Que ei de morrer um dia mesmo sem decreto teu; e se tombar morta antes do tempo, então tanto melhor: para quem, como eu, vive entre tantos males, como não será de só proveito a morte? Para mim, morrer não é sofrer; seria sofrimento, sim, se eu acaso deixasse insepulto o que nasceu de minha mãe. Isso me doeria: o resto não importa. Posso parecer uma louca, talvez: mais louco, porém, é o que me julga louca” (VIEIRA; ALMEIDA, 1997, p. 61/62).

inclusive (BODENHEIMER, 1966, p. 31)².

A concepção teológica do pensamento essencialista, por sua vez, prevaleceu a partir da superação do Império Romano e consequente estabelecimento amplo do Cristianismo sobre a Europa medieval. Aos teóricos cristãos, a visão grega tradicional cosmológica deveria ceder passo à sabedoria divina como elemento legitimador e fonte última das noções de direito e justiça (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 39). Entre seus teóricos mais importantes são referidos Santo Agostinho (354-430 D.C.) e Santo Tomás de Aquino (1226-1274 D.C.). Este último, porém, classificou o direito sob as seguintes categorias, que também incluíam o direito positivo: (a) lei divina - *lex divina*; (b) lei eterna - *lex aeterna*; (c) lei natural - *lex naturalis*; e (d) lei humana - *lex humana* - ou positiva (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 32). Sob essa ótica, a lei divina seria perfeita e informaria o Direito Natural sobre as diretrizes como os homens deveriam se conduzir, ao passo que a lei humana, de consequência, deveria promover a particularização dos princípios superiores para a regulação de temas específicos (BODENHEIMER, 1966, p. 24 e seguintes).

Por sua vez, a concepção essencialista de matriz antropológica ou racional corresponde ao pensamento iluminista de autores como Hugo Grócio (1583-1645), a quem o Direito Natural resultaria como ditame dedutível da própria razão reta, inerente à natureza racional do ser humano. Desenvolveu-se, então, a partir do pensamento iluminista de autores como Thomas Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), John Locke (1632-1704) ou Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que refletiram sobre a posição de igualdade natural dos indivíduos para apoiar a dedução de princípios extraídos exclusivamente da razão como suficiente para o conhecimento da justiça, já sem necessidade da Revelação concedida por Deus. A essas proposições se somariam as diferentes suposições sobre um estado de natureza (real ou suposto), a partir do qual os indivíduos avançariam contratualmente para a vida sob a direção do Estado (TEIXEIRA, 2006, p. 199 e seguintes)³.

Para a perspectiva formalista, o Direito Natural parte do pensamento

2 - Mas aos próprios antigos já se havia antevisto a insuficiência da noção abstrata de justiça para solução de todos os problemas concretos da humanidade. Embora atento à tradição jusnaturalista grega, o próprio Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.) recomendou também o estudo das leis humanas ao ponderar que a análise da natureza, por si só, seria insuficiente e que o direito, ao final, resultaria “da natureza e da convenção”, para assecuramento da justiça completa (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 35)

3 - Conforme Edgar Bodenheimer, a nova perspectiva se desenvolveu a partir de três momentos, quais sejam: (a) emancipação teológica no âmbito da Reforma protestante; (b) a afirmação do capitalismo liberal na economia e do pensamento liberal político e filosófico; e (c) o elogio às propostas de soberania popular e democracia por meio do majoritarismo (BODENHEIMER, 1966, p. 37 e seguintes, em especial página 48).

de Kant (1724-1804) até sua expressão mais acabada no pensamento neokantiano de Rudolf Stammler (1856-1938). Segundo sua compreensão, a natureza humana não é acessível ao conhecimento, mas cabe ao homem alcançar pela razão o *dever-ser*, sob máxima generalidade, respondendo à proposta “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”. A ideia do Direito correspondente a seu valor entendido como justiça, mas de natureza formal, de modo que “a ideia de Direito ou de Direito justo, porque puramente formal, conduz a uma concepção do *Direito Natural de conteúdo variável* no tempo e no espaço” (TEIXEIRA, 2006, p. 216 e seguintes)⁴.

A outra perspectiva jusnaturalista, para além das primeiras vertentes de corte essencialista e formalista, corresponde à perspectiva inerente ao Existencialismo, que aponta a nomes como os de Kierkegaard (1813-1855) e, mais recentemente, Jean-Paul Sartre (1905-1980). Para filósofos afiliados a essa linha de pensamento, não há comportamento humano que se fundamente em um padrão universal e imutável, precisamente porque não há propriamente um padrão humano correspondente (universal e imutável). Se é verdade que a existência dos seres humanos precede à sua essência (ou seja, os seres humanos se constroem a si mesmos enquanto vivem no mundo), então não há conceitos eternos de justiça que se devam procurar no Cosmos ou em Deus ou em alguma forma irretocável de natureza humana (Nesse sentido: TEIXEIRA, 2006, p. 220 e 221)⁵.

As vertentes do pensamento jusnaturalista, porém, se ressentem com frequência de críticas fundamentais à insegurança e relatividade de sua aplicação. Com efeito, ainda que se presuma igual capacidade de exercício da argumentação racional a todos os seres humanos ou que se admita a historicidade do tema, o grau de abstração que é inerente às suas proposições faz com que seja, muitas vezes, difícil sustentar a imperiosidade de determinada pretensão de comportamento ou assegurar a previsibilidade necessária à regulação da vida social. Nesse contexto, autores como o filósofo dinamarquês Alf Ross (1899-1979) tecem críticas à invocação do Direito Natural, referindo-se que as proposições jusnaturalistas se mostram “vazias e carecidas de sentido,

4 - Na lição de Vicente de Paula Barreto e Fernanda Frizzo Bragato, o pensamento de Kant divide o direito em: (a) o direito enquanto ciência, com o estudo do Direito Natural e do direito positivo; e (b) o direito enquanto faculdade moral de obrigação, inerente ao direito natural ou ao direito adquirido (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 57 e seguintes).

5 - O Direito Natural, que se sobrepõe ao direito positivo para os existencialistas, deverá estar calcado não em algum aspecto essencial (substancial) do ser humano, mas na projecção que o próprio homem realiza de si mesmo historicamente (TEIXEIRA, 2006, p. 222), o que deve viabilizar a afirmação de princípios superiores às normas positivas de modo sempre mais atualizado e coerente com o momento histórico da humanidade.

destinando-se, unicamente, a apoiar determinadas atitudes emocionais e não racionais e a satisfazer certas necessidades, o que revelaria o seu evidente caráter ideológico” (TEIXEIRA, 2006, p. 233). A doutrina jusnaturalista, como se vê, é alvo de críticas, especialmente daquela referente à natureza metafísica de suas considerações, que dificultam a afirmação de suas conclusões para além do campo da mera especulação e da opinião.

3. O Juspositivismo enquanto intento de afirmação do método científico no estudo e na prática do Direito

É de costume indicar como pioneiro maior da recusa ao pensamento metafísico no pensamento social o francês Auguste Comte (1798-1857) que, no Século XIX, reivindicou o método empírico, então já aplicado às Ciências Naturais, também, ao estudo das Ciências Sociais, no intuito de conferir-lhes a mesma dignidade científica.

Com a obra *Discours sur l'esprit positif*, o autor francês expunha suas conclusões sobre a evolução do pensamento humano, classificando-o sob três momentos, quais sejam: (i) estado teológico, no qual se observa uma “infância” metodológica, tendo em vista que o homem emprega explicações pautadas nas ações do divino, diante da ausência de conhecimento acerca dos fenômenos que o circundam; (ii) estado metafísico, no qual o homem começa a se distanciar do divino e passa a tecer explicações sobre os fenômenos do mundo de maneira abstrata; e (iii) estado positivo, fase final e madura do pensamento humano, no qual o homem observa os fenômenos mundiais exclusivamente pelo método científico, por meio do empirismo e dedução de leis universais, decorrentes da análise da experiência⁶.

Nas Ciências Sociais, aliás, os defeitos de método explicariam, também,

6 - “Cette longue succession de préambules nécessaires conduit enfin notre intelligence, graduellement émancipée, à son état définitif de positivité rationnelle, qui doit ici être caractérisé d'une manière plus spéciale que les deux états préliminaires. De tels exercices préparatoires ayant spontanément constaté l'inanité radicale des explications vagues et arbitraires propres à la philosophie initiale, soit théologique, soit métaphysique, l'esprit humain renonce désormais aux recherches absolues qui ne convenaient qu'à son enfance, et circonscrit ses efforts dans le domaine, dès lors rapidement progressif, de la véritable observation, seule base possible des connaissances vraiment accessibles, sagement adaptées à nos besoins réels. [...]” (COMTE, 1995, p. 64-65). Em tradução livre: Esta longa sucessão de preâmbulos necessários conduz finalmente a nossa inteligência gradualmente emancipada ao seu estado definitivo de positividade racional, que aqui deve ser caracterizada de uma forma mais especial do que os dois estados preliminares. Tais exercícios preparatórios tendo espontaneamente notado a inanidade radical das explicações vagas e arbitrárias próprias da filosofia inicial, quer teológicas quer metafísicas, a mente humana renuncia doravante às investigações absolutas que apenas se adequavam à sua infância, e circunscreve os seus esforços no domínio, doravante rapidamente progressivo, da verdadeira observação, única base possível de conhecimentos verdadeiramente acessíveis, sabiamente adaptados às nossas necessidades reais.

os próprios defeitos da organização social, no sentido de que a incapacidade dos estudiosos em estabelecer parâmetros racionais explicaria propriamente o igual fracasso organizacional da sociedade. Por isso, sua crítica do método estava também orientada a efeitos práticos, o que permitiu conclusões como que “[d]a desordem intelectual e moral dos indivíduos provém a desordem que reina na sociedade, levando-a até seus limites extremos. [...]” (FERRAROTTI, 1975, 37-38)⁷.

O *Positivismo Sociológico* de Auguste Comte não se dirigia precisamente ao campo jurídico, mas ganhou notoriedade nos diferentes ramos do saber, sendo que o estudo do Direito não foi uma exceção. Entre os juristas defensores do chamado Positivismo Jurídico ou Juspositivismo, Hans Kelsen (1881-1973), austro-húngaro responsável pela famosíssima *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), ganhou destaque muito especial por meio da proposição fundante da legitimidade de cada ato normativo exclusivamente com apoio na estrutura hierárquica do próprio ordenamento, regressivamente até a invocação da chamada “norma hipotética fundamental” sobre a qual estaria fundamentada a pirâmide normativa (KELSEN, 1982).

O Direito enquanto Ciência (e especialmente Ciência distinta de outros ramos do conhecimento humano) deveria ser compreendido, então, exclusivamente a partir de sua natureza normativa e por meio de regras de imputação e legitimação hierárquica de cada ato normativo sobre o anterior e não sobre pretensões abstratas de princípios superiores que pairassem no pensamento humano fora do contexto positivo. À vigência e validade das normas jurídicas, destarte, importa mais a estrutura da pirâmide normativa que a eventual coincidência entre o conteúdo ditado pela norma positiva e o conteúdo ditado pelas normas morais⁸.

Note-se que o paradigma positivista não vedou peremptoriamente a ponderação sobre valores e dados empíricos da realidade social. Mas é notável que a perspectiva juspositivista implica recomendá-la a outros campos do conhecimento humano à medida que se propõe ao jurista concentrar-se sobre a norma e suas relações de legitimação hierárquica, reduzindo-se muito, ao final,

7 - Assim, a afirmação da cientificidade das Ciências Sociais dependeria da rejeição à especulação meramente subjetiva sobre os fenômenos, devendo o estudioso pautar-se sobre análises objetivas, desde uma ótica científica e não encantada com o mundo etéreo.

8 - “La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también, derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con ‘la’ moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral.” (KELSEN, 1982, p. 75/76).

o universo cotidiano dos operadores do direito e sua capacidade de reflexão e adaptação ao caso concreto⁹.

Para contornar o problema da legitimação última do direito, Kelsen recorreu à proposição de uma “norma hipotética fundamental”, a partir da qual a validade do ordenamento se constrói estruturalmente, mas que é desprovida de conteúdo específico e que, nesse sentido, se distingue de eventual novo apelo de legitimação semelhante às perspectivas jusnaturalistas. A atividade jurídica, então, resultaria limitada à operação silogística desprovida de reflexão sobre o conteúdo normatizado propriamente¹⁰.

Vale salientar, porém, com apoio fundamentado em Miguel Reale (2000, p. 222), que as bases teóricas do Juspositivismo, a rigor, não são propriamente novas e já estavam presentes no próprio germen do pensamento Jusnaturalista clássico. Remontando ao pensamento de Hobbes, por exemplo, vê-se que o direito seria criação própria do Poder Soberano, autorizado a tudo pelo povo que o constituiu. Como para o *Leviathan* de Hobbes, esse poder é ilimitado, porque é o próprio Poder Soberano quem assenta o direito positivo e diz por esse meio o que é a própria Justiça, então o produto legislativo hobbessiano resulta também inquestionável (assim com termina por resultar do Juspositivismo). Segundo ele, “*O soberano, para Hobbes, pode cometer uma iniquidade, mas nunca uma injustiça*, porque a Justiça com o soberano se confunde, de sorte que todas as leis escritas e não-escritas adquirem autoridade e força pela vontade do Estado [...]” (REALE, 2000, p. 222)

Os resultados do Juspositivismo não podem ser confundidos, destarte, com a inocente afirmação de cientificidade ao estudo e aplicação do direito positivo e nada mais, porque, em suas consequências, o pensamento positivista resgata e aprofunda a opção política pelo poder absolutista, que reduz toda

9 - Do ponto de vista da teoria pura kelseniana, a validade do ordenamento positivo não deve obediência a nenhum conteúdo de direito natural: “Una doctrina iusnaturalista coherente se diferencia de una doctrina jurídica positivista en que busca el fundamento de validez del derecho positivo, es decir, de un orden coactivo eficaz en términos generales, en un derecho natural diferente del derecho positivo, y, por lo tanto, en una norma u orden normativo con el cual el derecho positivo puede, o no, corresponder en lo que hace a su contenido; de suerte que cuando el derecho positivo no se adecua a esa norma, o a ese orden normativo, tiene que ser visto como inválido. Conforme a una auténtica doctrina del derecho natural, por consiguiente, no puede interpretarse a cualquier orden coactivo – a diferencia de lo que hace la teoría pura del derecho como teoría jurídica positivista –, eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido.” (KELSEN, 1982, p. 229 e 230)

10 - “Pero la norma fundamental que la teoría pura del derecho establece como condición de la validez objetiva del derecho, sirve de fundamento a la validez de todo orden jurídico positivo, es decir, del orden coactivo, eficaz en general, instaurado mediante actos humanos. La teoría pura del derecho, como corresponde a una teoría jurídica positivista, no puede sostener que un orden jurídico positivo no corresponda a su norma básica, e que, por ende, no tenga que ser considerado válido. El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico.” (KELSEN, 1982, p. 228)

autoridade criadora do direito à autoridade do Leviatã e limita todo o Direito ao direito positivo referendado pelo Estado. Satisfeito com o argumento de autoridade, o Juspositivismo prescinde da crítica axiológica. Permite à instituição da norma pelo processo legislativo estabelecer presunção de legitimidade e suficiência do texto legal que até relembra os ares de inspiração majoritarista dos primeiros Estados de Direito, mas que ignora todo conteúdo de justiça que possa haver passado despercebido ou tenha sido negligenciado ou reprimido deliberadamente pelo Legislador. A invocação de tal legitimidade, inquestionável, aliás, parece estar relacionada a governos totalitários como os de Hitler, Stalin ou Mao Tsé-Tung, cujas deliberações arbitrárias levaram à catástrofe milhões de pessoas e estimularam o esforço de superação do próprio paradigma positivista¹¹.

Aliás, ao tratar do ideário de Georg Jellinek (1851-1911) (um outro grande pensador do ideário juspositivista), Miguel Reale (2000, p. 222) destaca também a contradição que reside na fundamentação do próprio ato criador do Estado nesse modelo, porque se todo Direito se limita ao Direito do Estado, então não haveria sequer Direito que lhe antecede ou supere: primeiro se mostra o Estado e depois o Direito que ele assegura. Segundo Jellinek, “Dessarte, primeiro nasce o Estado e, só então, se lhe agrega o Direito, pois ‘a existência do Direito depende da presença de uma organização que o realize’” (REALE, 2000, p. 222). O problema fundamental da anterioridade (diríamos também superioridade) do Direito em relação ao Estado (ou vice-versa) é um ponto central do paradoxo, porque diz respeito à viabilidade de limitar a atuação estatal ou reconhecer princípios superiores a que também o Poder Público deva estar submetido. Nessa linha, a própria inteligência juspositivista acabaria havendo de ceder passo a questionamentos que dialogam com a história do Direito Natural. Reale (2000, p. 241) explica, ainda, que Jellinek acabaria, assim, fazendo uma concessão intelectual, já que o ato criador do Estado dependeria de forças sociais relevantes sobre o Direito, as quais não se confundem com o Direito positivo, o que Jellinek indicaria ao final como uma forma de Direito fora do Estado¹².

11 - “A origem próxima da crise da identificação entre direito e lei que está na base do anti-legalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo)” (HESPANHA, 2018, p. 58).

12 - “Admite, por conseguinte, a possibilidade de um Direito extraestatal, mas acrescenta que só no Estado existe direito positivo. Fora do Estado, diz ele, existem forças sociais que oferecem também garantias à validade efetiva do Direito, tais como os costumes, as regras particulares de convivência, as associações religiosas, a imprensa, a literatura etc., forças essas que exercem ação mais decisiva do que a própria coação jurídica. [...] Com isto, não toda a formação do Direito, mas toda a proteção do Direito

Bem se vê, de consequência, que por mais elaboradas que se apresentem as considerações juspositivistas sobre o Estado e o direito positivo, a “pureza” científica almejada por Kelsen e seus simpatizantes não é alcançada. A rigor, em lugar de oferecer aos juristas e aplicadores do Direito um método que se lhes mostre genuinamente científico e exclusivo, o Juspositivismo implicará, ao final, fundamentalmente, a redução arbitrária do universo de conhecimento jurídico.

O esforço do Juspositivismo para a condução do Direito ao rigor científico equiparável ao das Ciências Naturais não apenas fracassa, portanto, como oferece aos juristas e aos aplicadores do direito uma posição “mecanicista” apegada ao mero silogismo jurídico acoplado à interpretação exegética do texto legal. Limita a atividade jurídica a um campo de trabalho muito simplificado e restrito que termina avesso à própria invocação de racionalidade científica que pretendia alcançar (tudo ao contrário do objetivo inicial de elevação da própria dignidade do Direito, portanto).

4. A insuficiência da perspectiva juspositivista na proteção dos direitos humanos e a busca por um novo paradigma hermenêutico

4.1. Distinção elucidativa a partir da revisão do conceito de Direitos Humanos

Considerando que as limitações resultantes do pensamento juspositivista foram especialmente trágicas no contexto de Estados totalitários, não é de estranhar-se, então, que sua superação no cenário contemporâneo tenha sido devida, muito especialmente, à afirmação histórica dos Direitos Humanos em contraposição às deficiências da legislação nacional, por meio da atuação das Cortes Constitucionais do Século XX. Aliás, a insuficiência da perspectiva juspositivista para proteção de Direitos Humanos é bem ilustrada pela própria distinção didática que se estabelece entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

A terminologia sobre o tema é muito variante e tantas vezes na

juridicamente ordenada fica sendo incumbência do Estado. [...] (REALE, 2000, p. 241)

formação jurídica as expressões são empregadas como sinônimos, podendo referir-se ao mesmo assunto com palavras que se alternam como “direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais” (RAMOS, 2019, p. 51). Cabe aqui, então, um contraponto didático apresentado sobre a raiz dessas variações, que permite, também, ilustrar as limitações do Juspositivismo sobre o tema.

A rigor, como não há uma terminologia *oficial* e a predileção nominal se alterou *historicamente*, os textos normativos nacionais e internacionais utilizam as variadas expressões muitas vezes como sinônimos, indistintamente, como se verifica na Constituição Brasileira de 1988 (“direitos humanos”, no artigo 4º, II; “direitos e liberdades fundamentais” no artigo 5º, XLI; ou “direitos e liberdades constitucionais”, no artigo 5º, inciso LXXI; “direitos e garantias fundamentais” no o art. 5º, § 1º; “direitos fundamentais da pessoa humana” no artigo 17; “direitos da pessoa humana” no artigo 34, VII, *b*; “direitos e garantias individuais” no artigo 60, § 4º; e, ainda novamente, “direitos humanos” no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Já no plano internacional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 utilizou as expressões “direitos do homem” e “direitos essenciais do homem” no Preâmbulo; a Declaração Universal dos Direitos Humanos também referiu “direitos do homem” em seu Preâmbulo, com uso também das expressões “direitos fundamentais do homem” e, ainda, “direitos e liberdades fundamentais do homem”; seguindo-se também terminologia variante na Carta da Organização das Nações Unidas, que menciona “direitos humanos” no Preâmbulo e no artigo 56, bem como “liberdades fundamentais” no artigo 56, alínea *c*; ou, ainda, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, com o uso da expressão “direitos fundamentais”; e, finalmente, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950, que mencionou “liberdade fundamental” (RAMOS, 2019, p. 51-52).

Segundo o mesmo autor acima referido, a própria historicidade dos Direitos Humanos explica a multiplicidade de expressões, porque cada nome enfatiza um aspecto historicamente relevante de sua proteção, atentando-se aos contornos que foram sendo acrescentados ao longo do tempo (RAMOS, 2019, p. 51 e 52). Mas, em meio à variedade dos nomes empregados, existe uma distinção possível entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais segundo a qual, por um lado, os Direitos

Humanos são universais, reconhecidos tanto na Declaração Universal, de 1948, quanto nos costumes, princípios jurídicos e tratados internacionais; enquanto, por sua vez, os Direitos Fundamentais correspondem àqueles já positivados nos ordenamentos jurídicos nacionais (LEITE, 2014, p. 33)¹³.

Contraposta essa observação às considerações prévias que foram apresentadas sobre o paradoxo entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, será viável concluir, então e sem maiores dificuldades, que a proteção aos Direitos Humanos não depende, de modo necessário e exclusivo, da adoção ao paradigma jusnaturalista, porque também o ordenamento nacional poderá encampá-los por iniciativa de grupos de pressão sobre o Legislador, por exemplo, traduzindo-os na forma de Direitos Fundamentais positivados e acessíveis ainda ao paradigma juspositivista. Mas nada além disso. Em suma, o paradigma juspositivista protege apenas Direitos Fundamentais já reconhecidos pelo texto escrito, mas pouco ou nada tem a oferecer para proteção de Direitos Humanos em posição externa (ou mesmo *contrária*) ao conteúdo de direito positivo. “Os juspositivistas sustentam que os direitos humanos são fundamentais e essenciais, desde que reconhecidos pelo Estado, pelo Poder Político.” (LEITE, 2014, p. 37)

4.2. A necessária mudança de paradigma para defesa ampla e eficiente dos Direito Humanos

Celso Lafer (1997, p. 56-64), inspirado em Hannah Arendt, defende que a expansão dos Direitos Humanos se dá por meio do aperfeiçoamento da integração social, remontando à tradição filosófica do Século XVIII, para a qual o ser humano era reputado como valor ético fundamental e não como algo desprezível e descartável. A partir dessa base fundamental ao aperfeiçoamento social e à legitimação dos direitos humanos, o homem pode reclamar maior proteção jurídica com “direito a ter direitos”, para além da insuficiência que possa ser observada no texto legal.

Isso se verifica atual, aliás, no momento em que o direito positivo produzido pelo Estado soberano cai em relativo desprestígio no mundo

13 - O mesmo autor também ressalva uma distinção possível entre Direito Internacional Humanitário (DIH) e Direitos Humanos (DH), que por vezes são empregados como expressões sinônimas. Sob a primeira nomenclatura (DIH) seria melhor compreender atos internacionais conhecidos como a criação da Cruz Vermelha, os direitos de Haia e Convenções de Genebra de 1949, orientados à limitação dos atos de guerra a bem da proteção de grupos civis etc. “Já os direitos humanos, como vimos, são mais amplos, pois são universais e indivisíveis, isto é, dizem respeito a condições de vida, dignidade, liberdade e igualdade de todas as pessoas, independentemente de raça, cor, sexo, origem, nacionalidade, estado civil, religião, crença ou quaisquer outras situações ou condições.” (LEITE, 2014, p. 34 e 35.)

globalizado, tornando, por vezes, superados na prática os ditames do Legislador nacional (contexto no qual a perspectiva centralista do direito sobre o Estado cede passo à refundação do edifício jurídico sob a ótica primordial da defesa dos direitos humanos, que ultrapassa a noção tradicional de soberania nacional, inclusive)¹⁴.

Nesse sentido, Miguel Reale enfatizou um novo cenário balizado na observação do chamado Pluralismo Jurídico como reação de grupos diversos contra as amarras do ordenamento estatal, embora com advertência sobre os exageros que podem ameaçar a unidade científica do Direito.¹⁵ A superação do paradigma juspositivista, porém, não pode ignorar completamente a norma, nem os fatos subjacentes à realidade, sob pena de expor-se à mesma crítica contra o caráter metafísico apontado ao pensamento jusnaturalista. Diante da apropriação múltipla da criação jurídica por grupos variados, Miguel Reale apontou então à necessidade de moderação da crítica do texto legal por meio de posições intermediárias como as de Del Vecchio, Ravà, Guidotti, entre outros, que sem negar a pluralidade das Fontes do direito conferem ao ordenamento nacional uma segura primazia (não exclusividade, vale frisar)¹⁶.

Por outro lado, precisamente diante da pluralidade de interessados na interpretação constitucional, a realidade das forças sociais não pode ser ignorada, cabendo ao intérprete oferecer respostas convincentes à amplitude do público interessado em atenção ao que Peter Häberle denominou “reserva de consistência” na interpretação constitucional¹⁷; e que reforça o sentido

14 - Especialmente desde o ponto dos direitos humanos, aliás, o novo modelo torna superada a estruturação piramidal juspositivista do Direito amparada no *State approach* (centralismo da soberania estatal), em favor de uma nova estrutura em forma de trapézio que envolve a Constituição nacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no topo da estrutura normativa, inclusive, com legitimação última do direito sob o que se denomina *Human Rights Approach* (com ênfase na soberania popular e no asseguramento da cidadania) (PIOVESAN, 2012, p. 68 a 72).

15 - “Explica-se, dessarte, a adesão encontrada pelo pluralismo entre os afirmadores dos direitos dos grupos econômicos, das associações e dos sindicatos, ressurgidos triunfantes por imperiosas necessidades do mundo contemporâneo, não obstante a proibição legal consagrada nos códigos civis e penais [...] Movimento benéfico, porquanto representava uma justa reação contra os exageros do monismo e da estatalidade jurídica absoluta, não tardou o pluralismo a transpor as raíais do admissível, pondo em perigo a própria unidade da Ciência do Direito.” (REALE, 2000, p. 266 e 267)

16 - “Admitimos a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, uma vez que seria arbitrário negar juridicidade às regras que têm eficácia no seio de determinados grupos e coletividades. As convenções de trabalho, por exemplo, firmadas por entidades privadas, constituem uma prova evidente da possibilidade de um direito positivo extra-estatal, garantido pelos próprios grupos interessados e válido para todos os que foram parte na convenção. Há uma pluralidade de ordenamentos, e neste ponto damos a palma aos pluralistas, mas não podemos acompanhá-los quando vão além, e afirmam que todos os ordenamentos se coordenam sem existir diferenças qualitativas entre uns e outros. Razão assiste, ao contrário, aos pluralistas e monistas moderados quando sustentam a supremacia do ordenamento estatal. A análise anteriormente feita sobre os característicos da autoridade do Estado esclarece perfeitamente a natureza desta supremacia, cujo estudo implica o de um problema fundamental, que é o significado da realidade estatal do ponto de vista da positividade do Direito, na fase atual da evolução histórica.” (REALE, 2000, p. 329).

17 - “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência* (*Vorbehalt der*

democrático da atividade hermenêutica em matéria constitucional, inclusive¹⁸.

A prática desse novo esforço de racionalidade pode ser observada por meio do interesse renovado que os pesquisadores e os tribunais têm conferido à ponderação sobre dados científicos e à convocação da opinião de múltiplos interessados nos processos constitucionais, evitando-se ao mesmo tempo que o desprestígio do texto escrito ceda lugar ao apelo às soluções excessivamente abstratas e desconectadas da realidade dos fatos. Trata-se, desde certo ponto de vista, da *abertura do sistema aos valores e aos fatos*, na esteira das teorias tridimensionais (fato, valor e norma) de que o próprio Miguel Reale tratou de modo memorável, com sua mesma formulação teórica tridimensional de repercussão mundial. Em outras palavras, o cenário contemporâneo reclama o abandono do ideal de pureza da teoria kelseniana, mas sem o desprezo primordial e completo ao direito positivo e com necessária atenção ao contexto fático que lhe é subjacente para a precisa consistência das soluções aplicadas¹⁹.

O panorama filosófico dessa nova postura do intérprete sobre o Direito é o que se convencionou denominar “Pós-Positivismo”; e o novo esforço hermenêutico que daí resulta, consoante a lição de Sérgio Alves Gomes, assinala uma íntima relação com o Estado Democrático de Direito, à medida que a atividade de interpretação não está desconectada de seu contexto histórico e pressupõe, entre outras coisas, que o intérprete se veja comprometido com o pensamento democrático (e sua concretização para

Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 42)

18 - “As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões: 1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normativa (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública; 3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 41 e 42).

19 - “A professora María José Fariñas Dulce propõe uma teoria *impura*, *crítica*, complexa e aberta de direitos humanos contraposta a uma teoria pura e universal, pois não existe nada que seja puramente algo, afirma a autora. Nenhuma teoria poder pretender encarnar, por si só, o bem, a virtude, a verdade, o universal. Pleitear uma teoria pura é negar a complexidade inerente do mundo e a diversidade de suas culturas e visões éticas e religiosas, as quais se encontram sempre em via de desintegração e de organização. Diferentemente, uma teoria *impura* e *crítica* de direitos humanos engloba um enfoque holístico, em que haja uma relação, por um lado, entre o desenvolvimento dos sistemas socioeconômicos, a democracia, a paz, o respeito a pluralidade cultural, a correção das desigualdades e a preservação da biodiversidade e, por outro, de desfrute universal dos direitos humanos. Os direitos devem estar em contato com a realidade e abertos às diferentes facetas dos seres humanos.” (MADRUGA, 2016, p. 46)

além da simples letra fria da lei, evidentemente)^{20 e 21}.

4.3. Precedentes como instrumento da argumentação racional na fundamentação de direitos humanos no panorama pós-positivista

Nesse sentido, preocupado com a excessiva abstração no emprego de Princípios não escritos nesse cenário contemporâneo, não é de hoje que um dos teóricos mais fundamentais sobre o assunto, Robert Alexy (2008), propugnou cuidados especiais para prevenir-se a excessiva abstração dos julgamentos, enfatizando que princípios se reconheçam como mandados de otimização precisamente ancorados nas *possibilidades jurídicas, fáticas e epistêmicas* correspondentes (com a admissão de limites normativos que precisam ser observados)²².

No mesmo contexto, para o adequado balizamento da atividade hermenêutica e apontamento desses limites correspondentes, precedentes judiciais se mostram especialmente aptos, porque têm a capacidade de conciliar a apreciação de normas e valores a fatos na dicção de uma solução paradigmática impositiva à interpretação da norma para novos casos que compartilhem de conteúdo assemelhado.

Robert Alexy, nesse sentido, ao discorrer sobre a argumentação em matéria de direitos fundamentais, destaca nesse novo contexto a imperiosidade

20 - “O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do direito, e não apenas quando da sua elaboração. [...]” (BARROSO, 2017, p. 530 e 531)

21 - “A hermenêutica é construção que se dá sempre no âmbito do contexto histórico. [...] A presente reflexão considera que a conexão entre o Estado Democrático de Direito e a Hermenêutica Constitucional acontece com base em, pelo menos, cinco pressupostos: o primeiro, é o compromisso com a Democracia; o segundo, é o delineamento do sentido do que seja Democracia; o terceiro, é a constatação de que a formação do sujeito democrático é resultante de um processo educacional contínuo; o quarto, assevera a necessidade de superação do modelo liberal de democracia, ora em crise, e o quinto, é a defesa da tese de que o Estado Democrático de Direito é superior aos modelos anteriormente experimentados pela humanidade.” (GOMES, 2021, p. 225 e 230.)

22 - “Ahora bien, para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, es necesario ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización. Lo pertinente es incluir la dogmática de los márgenes de acción en la definición de los principios de derecho fundamental. Desde luego, la idea de optimización no puede significar la supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas. Para evitar interpretaciones de esta naturaleza, debe ampliarse la definición de los principios de la siguiente manera: Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y – aquí viene la modificación – *epistémicas* existentes.” (Estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido *in*: ALEXY, 2008, p. LIII.)

argumentativa de precedentes como uma de suas características, assim: (a) a imperiosidade da argumentação sob precedentes; e (b) imposição da carga argumentativa a quem se disponha a invocar ou aplicar o Direito em contrário à posição estabelecida por meio de precedentes²³.

O papel renovado que precedentes assumem na afirmação de direitos fundamentais no cenário pós-positivista está de acordo com a revisão das fontes jurídicas. Mais ainda, parece adequado concluir que responde, também, ao cenário de um Direito cada vez mais “mundializado”. Considerando como o conhecimento amplo dos fatos e valores supera a vergastada legislação dos Estados Nacionais, fica clara, então, a razão pela qual o estudo dos precedentes tem alcançado tanta relevância mesmo que se trate de *cases* oriundos de contextos diversos ao ordenamento nacional. Parece-nos, desde outro ponto de vista, aliás, que a realocação dos precedentes entre as fontes de direito responde bem à maior aproximação entre o *common law* e o *civil law* que deve resultar da chamada “mundialização” do direito no cenário cada vez mais globalizado, emprestando-se elementos do *stare decisis* à cultura jurídica civilística²⁴. Assim se explicam – note-se bem – as razões pelas quais a Hermenêutica pós-positivista tem posto tão em voga o interesse na jurisprudência *internacional* sobre Direitos Humanos (no âmbito de instituições supranacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, por exemplo); ou mesmo a análise da evolução histórica de conceitos a partir da experiência estrangeira de outros Estados nacionais que têm reconhecida tradição na enunciação e defesa dos Direitos Humanos (como no caso da renovada procura pelos julgados da norte-americana *Supreme Court of the United States* ou do alemão *Bundesverfassungsgericht*)²⁵.

Soma-se a isso o aspecto de que o emprego de precedentes não engessa

23 - “Las dos reglas principales del uso de los precedentes señalan: (1) Si puede aducirse un precedente a favor e en contra de una decisión, hay que aducirlo. (2) Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga de la argumentación.” (ALEXY, 2008, p. 493).

24 - “[...] A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diversamente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que Goodhart chama de ‘doutrina do precedente individual obrigatório’, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação.” (BARBOZA, 2017, p. 152).

25 - A título de mera provocação ao leitor, a propósito, salientam-se também considerações críticas indicativas da revisão contínua da racionalidade dos precedentes que apontam à preservação de um lugar relevante à dogmática (não completamente abandonada) também no contexto pós-positivista: “Cuándo deba considerarse que un precedente expresa una regla o un caso paradigmático es cuestión que depende completamente de las concepciones teórico-jurídicas del intérprete. Dicho de otro modo: es una cuestión de preferencias, no pudiendo establecerse ningún criterio jurídico de carácter objetivo que permita determinar objetivamente ante qué tipo de precedente estamos. En este sentido, parece que son las sucesivas elaboraciones y reelaboraciones de dogmática y jurisprudencia las que determinan tanto su naturaleza como el cambio de aquellas.” (VAQUERO, 2016, p. 134.)

a interpretação jurídica, à medida em que o intérprete tem sobre si o encargo de observar fundamentadamente a *ratio decidendi* dos precedentes invocados, na esteira do que havia sido propugnado por Alexy na obra precitada. Identificando o descabimento de aplicação do precedente, o intérprete está autorizado a afastá-lo em prol de uma nova fundamentação racional, desde que demonstre suas razões por meio das operações de *overruling* (inerente à superação do precedente por uma nova interpretação universalizadora) e *distinguishing* (que não implica superação do precedente, mas estabelece solução diversa ao caso concreto em razão de distinções cabíveis) (CAMBI, 2020, p. 184 e 185).

Estudar e proteger na prática jurídica (e judiciária) direitos humanos passou a ser, então, questão dependente de uma nova racionalidade argumentativa pautada no estudo bem alinhavado da relação circular entre a norma, os valores e os fatos, com grande ênfase na trilha traçada pela admissão de novo significado dos precedentes no contexto das fontes do direito contemporâneas²⁶.

No Brasil, em bom momento, a ênfase nos mecanismos dessa Nova Hermenêutica tem sido incorporada até mesmo mediante reformas do direito positivo, para maior clareza e impulso na evolução na aplicação do direito não apenas em matéria de direitos fundamentais, mas a todo o conteúdo alcançado pelo novo paradigma pós-positivista. É o que demonstra a alteração do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018²⁷, que tornou antijurídicas as decisões proferidas pautadas com base apenas em valores jurídicos abstratos, ao gosto do Jusnaturalismo; assim como a ênfase na fundamentação por precedentes (e imposição do encargo de superação e distinção), que encontrou acolhida bem clara no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015²⁸, e o

26 - Em especial, ROBERT ALEXY afirma em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que “os precedentes judiciais constituem a segunda peça da argumentação de direito fundamental. A frase de Smend: ‘Na prática, a Lei Fundamental é válida tal como a interpreta o Tribunal Constitucional Federal, expressa essa importância.” (ALEXY, 2008, p. 492. Tradução livre do original em espanhol.)

27 - Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...]”

28 - No Código de Processo Civil em vigor: “Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”

semelhante artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019²⁹, que apontam como *não fundamentadas* as decisões judiciais que se limitarem à indicação do texto normativo ou mesmo precedente sem o exercício da adequada justificação racional de sua aplicação ao caso concreto.

5. Conclusão

A partir das considerações traçadas ao longo deste artigo, percorreram-se as múltiplas correntes afetas ao Jusnaturalismo e o cientificismo tecnicista próprio do Juspositivismo, concluindo-se que - em que pese se apresentem dentro de uma perspectiva histórica como tentativas de excluírem-se mutuamente -, a rigor são de certo modo conciliáveis. Isso porque, dentro da visão contemporânea tridimensional do Direito, não haverá de prevalecer apenas a invocação de ponderações axiológicas jusnaturalistas, assim como também não deverá ser admitida a redução do método técnico-jurídico à exegese da norma estatal com pretensões puristas que na prática não são alcançadas, mas apenas limitam o campo de conhecimento dos juristas e dos aplicadores do Direito.

A insuficiência de ambas as perspectivas - jusnaturalista e juspositivista - se mostra especialmente sensível na afirmação e defesa dos Direitos Humanos e resulta bastante compreensível, destarte, que a busca de um novo paradigma – uma *terceira via* – tenha se apresentado precisamente no âmbito desse tema em contraposição aos abusos promovidos por Estados totalitários. Essa nova perspectiva, dita “pós-positivista”, nesse sentido, está alinhada necessariamente com pressupostos inerentes à promoção da Democracia, mas sua efetivamente utilidade à concretização de direitos depende do exercício de uma Nova Hermenêutica que implica esforço especial de racionalidade argumentativa, precisamente para composição com as restrições decorrentes dos fatos e o emprego de mecanismos capazes de garantir segurança jurídica

29 - “Art. 315. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”

e previsibilidade às decisões judiciais (prejudicada pelo desprestígio do texto de direito positivo nacional). Nesse contexto, precedentes (nacionais e internacionais, inclusive) assumem uma posição renovada no rol das fontes do direito e retratam o cenário de aproximação entre os grandes sistemas do direito ocidental, impondo ao intérprete o encargo de identificação da *ratio decidendi* dos casos paradigmáticos e demonstração das razões de sua eventual superação ou distinção.

Em um bom momento, o Legislador brasileiro tem colaborado para a evolução da hermenêutica jurídica não apenas no âmbito dos direitos fundamentais, mas também no que diz respeito à promoção de maior racionalidade argumentativa no âmbito da aplicação do direito de modo amplo, como demonstram as alterações relativamente recentes apontadas no texto, que determinam as considerações de ordem fática na aplicação da norma e os cuidados imprescindíveis na fundamentação de atos judiciais.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. en Español. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2008.

BARBOZA, Estefânia M. Q. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. **Revista Jurídica Contemporânea**, julho-dezembro, PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 147-171. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8714>. Acesso em 02 de dezembro de 2021.

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curto de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BRASIL, **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Senado Federal, Centro gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COMTE, Auguste. **Discours sur l'esprit positif**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1995.

FERRAROTTI, Franco. **El pensamiento sociológico de Auguste Comte a Max Horkheimer**. Barcelona: Ediciones Península, 1975.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESPAÑA, António Manuel. **O direito democrático numa era pós-estatal. A questão política das fontes de direito**. [S. l.], Amazon, 2018. E-book.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução da segunda edição alemã ao espanhol por Roberto J. Vernengo. 2ª reimpressão. México-D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

LAFER, C. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt . **Estudos Avançados**, [S. L.], v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8995>. Acesso em: 11 abr. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC n. 19, jan./jun. 2012, p. 67-93.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, Antônio Braz. **Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

VAQUERO, Álvaro Núñez. Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 39 (2016) ISSN: 0214-8676, p. 127-156. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60159/6/Doxa_39_08.pdf. Acesso em 02 de dezembro de 2021.

VIEIRA, Trajano; ALMEIDA, Guilherme de (trad.). **Três tragédias gregas**. São Paulo, Editora Perspectiva, 1997.