



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

**A RETÓRICA DOS PRINCÍPIOS: DO ATIVISMO JUDICIAL AO
PANPRINCIPIOLOGISMO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA**

FORTALEZA

2018

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

A RETÓRICA DOS PRINCÍPIOS: DO ATIVISMO JUDICIAL AO
PANPRINCIPIOLOGISMO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada à Coordenadoria de
Programas Acadêmicos da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L548r Leitão, Daniel Damasceno.
A retórica dos princípios : do ativismo judicial ao panprincipiologismo na argumentação jurídica brasileira /
Daniel Damasceno Leitão. – 2018.
91 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

1. Hermenêutica. 2. Argumentação Jurídica. 3. Ativismo Judicial. 4. Princípios. I. Título.

CDD 340

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

A RETÓRICA DOS PRINCÍPIOS: DO ATIVISMO JUDICIAL AO
PANPRINCIPIOLOGISMO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada à Coordenadoria de
Programas Acadêmicos da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 23 / 05 / 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)

Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Felipe Lima Gomes

Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Me. Álisson José Maia Melo

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7

Ad maiorem Dei gloriam.

AGRADECIMENTOS

“O que não é eterno, é eternamente inútil.” (C. S. Lewis)

A Deus Pai, de Quem tudo provém e sem O qual nada faria sentido, por sua *infinita misericórdia*. A Nosso Senhor Jesus Cristo, por nos ter amado *até o fim*. E ao Santo Espírito, que habita e *ora em nós com gemidos inefáveis*.

À minha família e parentes, em especial aos meus pais, Alexandre e Fátima, pelos valores ensinados desde tenra idade, proporcionando as condições necessárias para que este trabalho fosse possível. Sou eternamente grato a vocês, a quem devo tudo!

Aos meus amigos de infância e colegial, cuja convivência foi vital para a formação da minha personalidade e do meu caráter.

Aos companheiros de faculdade, Abraão, Francisco, Gabriel, Matheus, Newton e Rafael, que tornaram essa etapa da vida mais divertida e agradável.

Agradeço ainda ao meu professor orientador Glauco Barreira Magalhães Filho pelo prestigioso e atencioso auxílio nesta empreitada acadêmica, ao professor Álisson José Maia Melo pela sua significativa contribuição no meu crescimento científico, como também aos professores Raul Carneiro Nepomuceno, Felipe Lima Gomes e Marcelo Lima Guerra, e ao colega João Lucas Almeida, pelas valiosas sugestões bibliográficas.

Por fim, homenageio os mestres Olavo de Carvalho e Carlos Nougué, os quais foram além de seu tempo ao resgatar tradições perdidas pela confusão dos tempos modernos. Como ensina outro gigante, G. K. Chesterton: “Cada época é salva por um punhado de homens que têm a coragem de não serem atuais.”

Que os Santos Doutores da Igreja, Santo Agostinho de Hipona, São Bernardo de Claraval, Santo Antônio de Pádua, Santo Tomás de Aquino, Santa Teresa d’Ávila, Santo Afonso Maria de Ligório e todos os outros, pela intercessão da Bem-Aventurada Virgem Maria, nos iluminem nesta jornada!

“Somos como anões aos ombros de gigantes, pois podemos ver mais coisas do que eles e mais distantes, não devido à acuidade da nossa vista ou à altura do nosso corpo, mas porque somos mantidos e elevados pela estatura de gigantes.” (Bernardo de Chartres)

“Quando não temos consciência das origens históricas dos nossos hábitos e julgamentos cotidianos, tornamo-nos escravos da sociedade presente, dando valor de coisa eterna, absoluta e imutável ao que é temporal, relativo e transitório.” (Olavo de Carvalho)

RESUMO

O presente trabalho investiga a ação da emoção e de fatores intuitivos no processo de decisão dos juízes. A noção comum de que o juiz reproduz o sentido contido na lei e extrai dali a única resposta correta ecoou em teorias da argumentação jurídica assentadas no método como o caminho seguro para encontrar a solução mais racional e adequada ao caso. Essa crença, enraizada na ideia de que o ordenamento jurídico é um sistema completo e fechado, no qual existe somente uma solução possível, é confrontada pelo questionamento de que o discurso jurídico é antes uma ferramenta de legitimação das opiniões prévias do intérprete do que um procedimento de correção de validade da premissa inicialmente escolhida. Nesse sentido, o ativismo judicial surge como manifestação exterior dessa realidade, cujas sentenças contrárias à lei são proferidas para satisfazer concepções pessoais do direito, esvaziando o objetivo de uma ciência jurídica que se queira controlável racionalmente. Mais contemporaneamente, no Brasil, o uso abusivo de princípios como critério definitivo de fundamentação das decisões judiciais, fenômeno recém chamado de panprincipiologismo, fez com que essa postura ativista fosse encoberta pelo manto retórico de justiça inerente a eles, dificultando a construção de uma teoria da argumentação que efetivamente limite o campo interpretativo do intérprete. Partindo do pressuposto de que juízes, com base em pré-conceitos, decidem antes mesmo do julgamento, o estudo de julgados polêmicos em tribunais se mostra indispensável para responder como uma decisão jurídica realmente ocorre. Conclui-se que o direito, enquanto ciência pragmático-argumentativo, tem no autoconhecimento ideológico do intérprete e nos auditórios do discurso os meios mais eficazes de inibir decisionismos judiciais, em contraposição aos clássicos métodos de interpretação jurídica, que supõem a neutralidade do julgador diante dos fatos.

Palavras-chave: Hermenêutica. Argumentação Jurídica. Ativismo Judicial. Princípios.

ABSTRACT

The present work investigates the action of emotion and intuitive factors in the judges' decision-making process. The common notion that the judge reproduces the meaning contained in the law and extracts from that the only correct answer echoed in theories of legal argumentation based on the interpretative method as the sure way to find the most rational and appropriate solution to the case. This belief, rooted in the idea that the legal order is a complete and closed system in which there is only one possible hermeneutic solution, is confronted by the question whether juridical discourse is rather a tool to legitimize the prior opinions of the interpreter than a procedure for correcting the validity of the premise initially chosen. Indeed, judicial activism emerges as an outward manifestation of this reality, in which sentences contrary to the law are deferred to satisfy personal conceptions of rights, emptying the objective of a juridical science that is rationally controllable. Recently, in Brazil, the abusive use of principles as a definitive criterion for the foundation of judicial decisions has made this activist posture hide by the rhetorical mantle inherent to them, making difficult to build a theory of argumentation that effectively limits the interpretative field of the judge. On the assumption that judges, based on preconceptions, decide even before the trial, the study of controversial judgments in courts is indispensable to answer as a legal decision really occurs. It is concluded, then, that law, as a pragmatic-argumentative science, has in ideological self-knowledge of the interpreter and in legal discourse auditoriums the most effective means of inhibiting judicial voluntarism, as opposed to the classical methods of juridical interpretation, which supposes neutrality forward the facts.

Keywords: Hermeneutic. Juridical Argumentation. Activism Judicial. Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL	14
2.1	Evolução histórica da teoria da separação de poderes	15
2.2	Fundamentos teóricos do controle de constitucionalidade das leis	18
2.2.1	<i>Ativismo judicial – o que é isto?</i>	20
2.2.2	<i>Juízes legisladores?</i>	22
2.3	Interpretação e aplicação do direito: o texto e a norma	25
3	RACIONALIDADE E DISCURSO JURÍDICO	33
3.1	Direito e Linguagem	34
3.2	Compreender o direito: para além dos pré-conceitos	38
3.3	Os quatro discursos – e um impostor	40
3.4	Razão, emoção e ideologia: entre Medusa e Perseu	44
4	POR UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	50
4.1	Nova hermenêutica constitucional: nos confins dos princípios	51
4.1.1	<i>Causas do ativismo no Judiciário brasileiro</i>	55
4.1.2	<i>As novas faces do ativismo judicial: rumo ao panprincipiologismo</i>	59
4.2	Jurisdição constitucional: precedentes do Supremo Tribunal Federal	67
4.3	Os erros de uma argumentação jurídica, ou o mal de Narciso	75
5	CONCLUSÃO	83
	REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

Ultimamente, o Supremo Tribunal Federal tem assumido o protagonismo na decisão de controvérsias notoriamente políticas, as quais dividem historicamente a opinião pública e os debates parlamentares. Questões como o aborto, a união de pessoas do mesmo sexo e a descriminalização das drogas, saíram do campo natural da disputa democrática nos órgãos legislativos para entrarem na pauta de julgamentos da Suprema Corte, que, como guardiã da Constituição, tem o poder de dar a última e definitiva palavra sobre a interpretação do texto constitucional.

De fato, isso não pode significar de maneira algum que um órgão judicial tenha a prerrogativa de alterar, ao alvedrio dos Poderes Políticos e de todo processo democrático de discussão pública e representação popular, o sentido da Lei Suprema quando julgar conveniente a convicções político-ideológicas de seus membros, ainda mais em relação a temas tão delicados e divergentes. Assim, o dado de que tribunais estão sendo responsáveis por mudanças estruturais na legislação, sem antes passar pelo crivo das instituições representativas, precisa ser amplamente debatido pela sociedade, sob o risco de configurar ameaça à clássica dogmática da tripartição de poderes equilibrados e harmônicos entre si.

Nesse contexto, o advento da principiologia no direito representa um marco crucial na fundamentação das decisões jurídicas. A superação do velho positivismo de cunho legalista, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, e o surgimento de sociedades complexas fez com que o fenômeno normativo dificilmente fosse compreendido somente a partir de um sistema de regras a serem cumpridas ou não pelos administrados. Somente o desenvolvimento teórico de normas de baixa densidade e maior abrangência viabilizaria a solução de casos em que a sistemática anterior não era suficiente.

Contudo, o que poderia ser a chance de eliminar divergências interpretativas e uniformizar o direito positivo, na verdade, transformou-se no problema hermenêutico-jurídico do século, ao permitir um caos valorativo na interpretação das leis. Se, anteriormente, a inexistência de princípios não era impedimento suficiente para que juízes fundamentassem suas decisões com base em critérios pessoais de justiça – *vide* os princípios gerais do direito e os bons costumes –, a sua positivação veio a tornar a questão em torno da argumentação judicial ainda mais dramática, em face da ausência de regras capaz de estabelecer uma hierarquia de valores universalmente aceita entre eles.

É que os princípios, tendentes a ser mais gerais e abstratos do que as regras, passaram a ser largamente empregados para a resolução de conflitos considerados difíceis ou

complexos, em que a colisão de valores exigiria uma ponderação de qual interesse deveria prevalecer na situação particular, sem que haja a sua invalidação da ordem jurídica. Com isso, essa flexibilidade contribuiu para modelos argumentativos *ad hoc*, em que o intérprete busca apenas justificar posições previamente tomadas, a despeito do que indica o ordenamento legal. Não se sabe se o julgador interpretará às regras à luz dos princípios que lhes fundamentam, ou, ao contrário, deixará de aplicá-las para favorecer suas predileções morais.

Esse panorama tem tomado contornos nitidamente problemáticos no Brasil com o uso indiscriminado de princípios implícitos como fonte primordial do Direito, levando o discurso jurídico para campos cada vez mais abstratos e genéricos. A ausência de parâmetros definitivamente claros para eles serem utilizados pelos magistrados, ao afastar regras que violam princípios, permitiu uma ampliação da margem interpretativa a tal ponto de impedir estabelecer limites de até onde as decisões judiciais podem chegar.

Por que o Poder Judiciário seria um órgão melhor do que os demais para decidir questões controversas, tendo em vista o devido processo legislativo, a vontade geral e o equilíbrio entre os poderes, postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito? Ou ainda, onde estaria a segurança jurídica para as partes em litígio quando existe a possibilidade de juízes decidirem conforme sua consciência, contrariando um dispositivo legal expresso? São perguntas intrigantes no atual cenário jurídico brasileiro que não podem ser ignoradas e continuarem sem respostas.

Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, estudar o fenômeno do ativismo judicial, a fim de construir uma possível definição (capítulo 1). Essa tarefa exige, primeiro, o perfeito entendimento da doutrina da separação de poderes e do contexto histórico em que ela emergiu, de modo a evitar equívocos conceituais (seção 2.1). Depois, a investigação da relação entre ativismo e controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário (seção 2.2), relatando o desenvolvimento da postura ativista nos tribunais como também explicando as consequências que assumir determinados conceitos implicam (seção 2.2.1), para somente então definir o que pode ser chamado de ativismo judicial (seção 2.2.1.1). Feito isso, perceber-se-á a contribuição da hermenêutica para o estabelecimento de um novo paradigma do direito, no qual a distinção entre texto e norma transforma a interpretação jurídica de meramente reprodutiva para inevitavelmente criativa (seção 2.3).

A partir das conclusões extraídas no primeiro capítulo, o estudo minucioso das modernas teorias da comunicação e do conhecimento será indispensável para sanar a frequente incompreensão da epistemologia jurídica (capítulo 2). A linguagem (seção 3.1), a hermenêutica filosófica (seção 3.2) e a arte de discursar (seção 3.3) surgem como pontos-chaves para o correto

entendimento da decisão racional dentro dos mecanismos de justificação psicológica da escolha, o que viabilizará uma crítica da forma como o processo argumentativo é atualmente compreendido na área do direito (seção 3.4).

Por fim, um diagnóstico da situação jurídica brasileira atual será formulado a partir das reflexões proporcionadas pelo giro ontológico-linguístico (capítulo 3). A confusão na disjunção entre princípios e regras (seção 4.1) encontrou solo fértil numa cultura propensa ao ativismo (seção 4.1.1), abrindo espaço para o crescimento de uma doutrina principiológica ambígua e incongruente, mais conhecida como panprincipiologismo (seção 4.1.2). Visando aprofundar tal discussão, é crucial analisar precedentes do Supremo Tribunal Federal em temas controversos a fim de conhecer os argumentos utilizados pelos ministros para justificar seus posicionamentos (seção 4.2). Assim, uma crítica da argumentação jurídica em voga no País será construída pela negação do método como ferramenta imprescindível para o preenchimento do requisito de racionalidade da fundamentação judicial (seção 4.3).

A técnica que se faz uso corresponde à pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, teoria e prática, restringindo o espaço das decisões judiciais ao âmbito do STF, bem como utilizando de literatura no campo da Teoria do Direito e do Estado, da Semiologia, da Psicologia e da Hermenêutica, com o fito de conjugar conhecimentos de diferentes âmbitos do pensamento humano para alcançar conclusões mais precisas.

O objetivo deste trabalho é situar a vertente panprincipiológica do ativismo judicial dentro da hermenêutica filosófica, para qual a função do intérprete é antes compreender a si mesmo do que tentar extrair consequências diretas a partir dos textos legislativos. O método adotado parte de uma análise dedutiva, de que os juízes decidem antes de julgar, a fim de, pelo confronto de ideias e de fatos, investigar a validade dessa premissa. Em última análise, essa hipótese remete à antiga discussão acerca da relação entre Direito e Moral, Direito e Justiça e, finalmente, Direito e Política.

Conclui-se, então, que os julgadores, no momento da decisão, são inevitavelmente influenciados por pré-juízos, razão pela qual uma teoria da argumentação jurídica precisa necessariamente reconhecer a existência de fatores preliminares à escolha da solução do caso antes de estabelecer quaisquer critérios para se aplicarem as normas jurídicas. Embora os mecanismos de contenção judicial sejam escassos, pois é sempre difícil controlar o subjetivismo do intérprete, o conhecimento dos próprios preconceitos é uma solução eficaz ao nosso alcance para evitar voluntarismos judiciais e interpretações arbitrárias do direito.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

O Poder Judiciário, por sua essência e função, é o único dos três Poderes que não goza de caráter representativo. A necessidade de se postar como terceiro diante das partes, alheio à lide no processo, é característica intrínseca ao Estado-juiz, motivo pelo qual os cidadãos abdicam da resolução dos conflitos privadamente (autotutela) para buscar a jurisdição estatal. A legitimidade dos magistrados advém da própria Constituição, que lhe dá poder para criar “lei” entre as partes por meio de sentença. Disso não decorre que os juízes estejam em situação de inferioridade em relação aos Poderes Políticos, tampouco em superioridade. Pois, o Terceiro Poder se encontra no mesmo nível de igualdade em relação aos demais, de forma que cada um tem a sua função na composição do Estado.

Com efeito, a falta de legitimidade popular dos juízes e a cláusula da separação de poderes são comumente citadas como um empecilho para que o julgador subverta o papel do legislador e passe atuar além dos limites definidos pela lei. O fato de os magistrados não serem escolhidos pela população e a função estritamente reprodutora de leis criadas por terceiros impediriam qualquer tipo de postura criativa por parte do intérprete na aplicação do direito.

Tal mentalidade decorre de uma influência francesa pós-revolução no modo de compreender o direito, que, se levada às últimas consequências, culminaria em uma repulsa total ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – como de fato ocorre na França, dada a ilegitimidade judicial para o exercício dessa tarefa. Porém, essa argumentação não resiste à uma análise profunda da teoria do direito e da hermenêutica jurídica, como veremos adiante e, mais detalhadamente, no capítulo seguinte.

Nesse sentido, resgatar as origens da teoria da separação de poderes e sua aplicação na contemporaneidade é fundamental para evitar confusões conceituais acerca da terminologia aqui adotada (seção 2.1). A propósito, o Judiciário fazer “as vezes” de legislador, ao decidir assuntos de competência precípua dos órgãos políticos, pode ser entendido como uma expressão do fenômeno comumente chamado de ativismo judicial? (seção 2.2) Sem uma definição precisa do que seja um juiz ativista, qualquer tentativa de relacionar essa postura com questões de cunho epistemológico estará fadada ao fracasso (seção 2.2.1), sendo impreterível um estudo aprofundando acerca do processo de criação e aplicação das leis (seção 2.2.1.1). Desse modo, será possível lançar luzes sobre o papel dos juízes na produção de sentido das leis e a moderna compreensão da hermenêutica filosófica, questionando, finalmente, se os textos jurídicos podem, em sentido estrito, ser realmente chamados de normas jurídicas (seção 2.3).

2.1 Evolução histórica da teoria da separação de poderes

Desde Platão e Aristóteles, sabe-se que quando o poder está constituído na posse de apenas um indivíduo há o perigo da tirania, sendo necessário distribuí-lo; afinal, como alertara Lorde Acton no século XIX: “o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente.” No entanto, não havia ainda a noção de instituições políticas burocráticas como temos hoje. A origem da ideia de separação de poderes remonta, ainda que de forma incipiente, a Marsílio de Pádua, para quem o povo se identificava como o primeiro legislador e o príncipe como o titular da função executiva por excelência, distinguindo o que posteriormente viria a ser os Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente¹.

Sua concepção moderna, todavia, foi construída gradativamente por filósofos políticos, ganhando contornos mais nítidos com John Locke no seu *Segundo Tratado sobre o Governo*. Para o empirista britânico, a necessidade de uma bipartição dos poderes políticos entre Executivo e Legislativo se dava “porque pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorear-se do poder que as mesmas pessoas têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las”². Contudo, sequer cogitou a existência do Terceiro Poder, haja vista o viés estritamente naturalista de seu pensamento, bem como a pouca relevância dada à função jurisdicional naquele tempo.

Seu cume máximo se deve a Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, segundo quem existiam três poderes harmônicos e independentes entre si, de modo que um poder não pudesse usurpar o outro. O Barão de Montesquieu³, em sua obra clássica *O Espírito das Leis*, enfatiza que a liberdade política somente é alcançada em governos moderados, nos quais o poder limita o poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*), em cuja influência de seu antecessor Locke é marcante. Porém, foi além do direito natural lockiano ao propor uma técnica de organização do Estado, consoante a qual seria necessária a criação de instituições distintas, com o fito de autolimitar o poder estatal e garantir a liberdade individual.

Segundo Montesquieu⁴, quando o poder de criar leis e de executá-las é incumbido ao mesmo homem ou mesmo corpo de pessoas, não há liberdade, pois as leis podem ser aplicadas tiranicamente contra o povo. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215-216.

² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 2. ed. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 514-515.

³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

⁴ *Ibidem*, p. 168.

separado do poder legislativo e do executivo, pois os magistrados teriam poderes arbitrários contra vida e liberdade dos cidadãos. E tudo estaria perdido se um mesmo homem ou grupo de pessoas exercesse os três poderes. Faz-se, então, necessário separar os poderes em órgãos distintos, de forma que cada um exerça suas funções sem usurpar as dos outros, por meio de um mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*) que impeça o abuso de poder e permita o efetivo equilíbrio entre eles. A propósito, ressalte-se que o poder do Estado é uno e indivisível, suas funções é que estão distribuídas em órgãos distintos por meio do sistema de limitações recíprocas⁵.

Ao analisar a conjuntura política do Reino Unido, o filósofo observou a existência de três poderes distintos e com funções delimitadas, independentes e iguais hierarquicamente entre si, notando a perfeita harmonia entre eles. O Poder Executivo encarregado da administração pública, o Poder Legislativo incumbido de criar e corrigir ou anular as leis e o Poder Judicial atarefado de resolver os conflitos entre particulares. Entretanto, segundo Carl Schmitt⁶, o aparente equívoco trata-se, na verdade, de uma distorção deliberada da realidade, vez que os poderes ingleses estavam longe de ser separados e distintos como “utopicamente” descreveu o filósofo, sendo pouco provável que tal fato tenha passado despercebido pelo pensador francês. Diferentemente do descrito pelo autor de *O Espírito das Leis*, o Rei da Inglaterra reinava, mas não governava, devido ao regime de monarquia constitucional, pois o Parlamento, na figura do Primeiro-Ministro, era o responsável pela administração pública, acarretando na tradicional confusão entre Executivo e Legislativo no parlamentarismo britânico – muito embora esse “erro” tenha lhe permitido idealizar a tripartição dos poderes, corolário seguido desde a Revolução Francesa (1789) até então pelas democracias modernas.

Influenciado por seu tempo, Montesquieu exaltou o poder de legislar, dando aos julgadores da lei um papel subsidiário na composição do Estado. Assinalou que o poder de julgar deve ser exercido por cidadãos do povo, e não profissionais, para formar um tribunal que só dure o tempo necessário para o exercício de sua função, pois, sendo temível a magistratura, esse poder é invisível e nulo⁷. Assim, os juízes nada mais seriam do que a boca que pronuncia

⁵ Paulo Bonavides se equívoca ao acusar a teoria de Montesquieu de supor uma divisão absoluta entre os poderes, de sorte que não pudesse haver interferência entre eles. Pelo contrário, se o equilíbrio de poderes é condição necessária para a fiscalização de uns pelos outros, as intromissões são justificáveis na medida em que impedem que um poder exerça uma função autoritariamente. Por exemplo, o Executivo pode vetar leis aprovadas pelo Legislativo, o Judiciário pode declarar inconstitucionais leis em vigor e o Legislativo pode ordenar despesas de recursos públicos. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52. Noutro sentido, cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 394-396, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crises, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 81-83.

⁶ SCHMITT *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 69.

⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 169.

as palavras da lei (*la bouche de la loi*), pois quem determinara o espírito das leis foram os legisladores.

Essa ideia tem origem no período iluminista, anterior à Revolução Francesa (*L'Esprit de la Lois* foi publicado em 1748), quando os filósofos não vendo nos juízes representantes do povo, mas aristocratas vinculados ao Rei e à Igreja, não concebiam a interpretação das normas jurídicas pelos magistrados, vislumbrando o risco de o espírito do legislador, verdadeiro representante da vontade geral, ser deturpado. Por isso, a figura do magistrado, temível por Montesquieu, remete a meros burocratas subjugados ao poder do soberano, posto que a configuração do Poder Judicial era hierárquica, permitindo o seu controle por uma cúpula de confiança do chefe do Executivo⁸, o qual nomeava discricionariamente os juízes. Aliás, Napoleão temia que os intérpretes se tornassem os responsáveis pelo “assassinato” do seu Código Civil de 1804⁹.

Daí o surgimento da Escola de Exegese, que contribuiu para a consolidação de um legalismo completamente avesso a qualquer extrapolação do Poder Judicial, de sorte que a interpretação jurídica deveria limitar-se às disposições literais do texto ou, quando muito, a uma interpretação estritamente lógica, nos casos em que a letra da lei fosse obscura ou lacunosa. Nenhuma forma de controle judicial de constitucionalidade das leis era admitida, posto que caberia ao Parlamento realizá-lo preventivamente; e mesmo as decisões hodiernas dos magistrados poderiam ser invalidadas por uma *Cour de Cassation*, órgão político-administrativo incumbido de evitar qualquer tipo de intromissão judiciária nas competências do Poder Legislativo¹⁰.

Todavia, à medida que as lacunas foram aparecendo e a incapacidade de resolver todos os dilemas humanos tendo como base apenas os dispositivos legais, o modelo francês do juiz “boca da lei” foi perdendo força. Ainda que de forma tímida, os princípios gerais do direito, a analogia e os bons costumes foram as formas encontradas para a flexibilização daquele direito “frio e duro” (*dura lex sed lex*). A complexidade com que são resolvidos os conflitos, após o uso de métodos hermenêuticos para a melhor interpretação da lei, jamais poderia ser solucionada da forma desejada pela exegese do texto normativo. Então, os magistrados não poderiam ser meros autômatos reprodutores das leis, pois mesmo a mais clara das leis carece de interpretação. Essa inversão no papel do Judiciário se deve às mudanças nas estruturas

⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 38.

⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 392.

¹⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 18.

econômicas e sociais experimentadas ao longo do século XX, transformando a qualidade e a quantidade da demanda jurídica, de modo a requerer do juiz participação na tarefa de criação do Direito¹¹.

2.2 Fundamentos teóricos do controle de constitucionalidade das leis

A Constituição dos Estados Unidos da América consagrou a si mesmo e as leis federais como direito supremo do País, no seu artigo VI, cláusula 2^a, devendo-lhe os juízes de todos os Estados obediência, ainda que a legislação local disponha em sentido contrário. Essa cláusula, conhecida como *supremacy clause*, foi o pilar de sustentação da doutrina do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis criada pelo *Chief Justice* John Marshall no caso paradigmático *Marbury v. Madison*, em 1803. Se, por um lado, a constituição norte-americana garantia a supremacia constitucional em relação às normas infraconstitucionais, de outro, nada dizia a respeito de o Judiciário ser o seu guardião, cabendo-lhe declarar inconstitucional as leis que lhe fossem incompatíveis.

Astutamente, o juiz Marshall percebeu que, se a judicatura tem atribuição de interpretar as leis, quando uma delas entrar em contradição com a Carta Magna, o julgador teria de escolher entre dar força normativa a esta ou aquela, de modo que seria absurdo, nos termos da própria Lei Maior, preterir uma norma infraconstitucional à uma constitucional. Ora, se a Constituição é a lei suprema, então todas as disposições legais e infralegais que lhe forem contrárias serão passíveis de nulidade, concluindo assim que o Judiciário é o seu intérprete final, logo, capaz de fazer um controle das leis¹². Aí foram fixadas as bases definitivas da doutrina do *judicial review*, inaugurando o chamado controle difuso de constitucionalidade, segundo o qual a inconstitucionalidade das leis poderia ser arguida por quaisquer órgãos jurisdicionais diante de um caso *sub judice*.

Em uma primeira análise, poder-se-ia julgar que o Judiciário se encontraria assim em uma posição de superioridade em relação aos demais poderes, ao não ser dotado de representatividade popular para afastar a incidência de regras votadas e aprovadas pelo Legislativo, configurando flagrante violação à separação de poderes e aos preceitos democráticos. Essa prerrogativa, entretanto, não promove qualquer sobreposição do Terceiro Poder em face dos demais, como sustenta Alexander Hamilton em 1788:

¹¹ ROCHA, *loc. cit.*

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20-21.

Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que dita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira¹³.

Interessante notar que os *Founding Fathers*, longe de adotar integralmente a obra de Montesquieu, fizeram uma releitura dela para adequá-la aos ideais democráticos da Federação Norte-Americana emergente e do sistema jurídico consuetudinário, inconciliáveis com o ideal francês de juízes burocratas e reprodutores da lei. De fato, após a Revolução Francesa, a lei passa a adquirir um caráter quase sagrado. Única e verdadeira expressão da soberania nacional e da vontade geral, a lei era infalível e emancipadora, pois fruto da deliberação popular, com a consequência de que, inclusive em face de lacunas, os magistrados nada faziam do que somente aplicar o direito. Fora dela, reinavam somente o arbítrio e a insegurança. Daí o aforisma montesquieano: “a liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem.” Foi esse espírito de reduzir todo o direito ao texto legal que influenciou a Europa, em grande medida, até a metade do século XX, quando foram instituídos os tribunais constitucionais europeus¹⁴.

Diversamente, nos países anglo-saxônicos, a legislação sempre foi vista, de certa maneira, como fonte excepcional de direito¹⁵. Não houve no federalismo americano a derrocada de um *Ancien Régime*, mas apenas a emancipação político-institucional da metrópole inglesa, de forma que a proclamação da República, com eleições democráticas para o cargo de chefe do Executivo, não ensejou mudanças paradigmáticas na classe judiciária, a qual não se encontrava submetida ao monarca como em França. Também por isso, as cortes do *common law* eram entendidas como responsáveis por interpretar tanto os fatos quanto a lei, sendo os *judges* considerados partícipes do processo de construção do direito nacional.

Com efeito, em meados do século XX, certa doutrina norte-americana passou a relacionar intimamente o fenômeno intitulado de ativismo judicial com o controle de constitucionalidade das leis, considerando quanto mais ativista um juiz quanto mais declarasse normas inconstitucionais, em uma base puramente quantitativa ou numérica¹⁶.

Mas, afinal, que é o ativismo?

¹³ HAMILTON; MADISON; JAY, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 121-124.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 123. Na vanguarda, o *common law* sempre compreendeu a importância da jurisprudência, em concorrência com o Legislativo, para a produção do direito.

¹⁶ SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 272. Ainda hoje há quem tente fazer essa conexão, v.g., POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

2.2.1 Ativismo judicial – o que é isto?

Nos Estados Unidos, os tribunais tradicionalmente se consideravam como guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político, afastando-se da função de servir como última instância de recorribilidade dos grupos políticos derrotados no sistema de votação majoritária¹⁷. Todavia, a ideia de que o exercício da jurisdição se dava conforme as leis criadas por terceiros, sem se basear em concepções pessoais de justiça, passou a ser superada pela noção de que os juízes deveriam adotar uma postura mais ativa no processo, avaliando sobre o que seria melhor para cada uma das partes ou para a sociedade em geral no caso concreto, conferindo à juridicidade a faculdade de “corrigir” o legislador quando julgasse conveniente¹⁸.

O termo *judicial activism* foi cunhado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. em seu ensaio *The Supreme Court: 1947*. Dividindo os juízes da Corte Suprema em dois grupos, Schlesinger percebeu que uns (*judicial activists*) estavam mais interessados em desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social – mesmo que isso implicasse em instrumentalização da Justiça –, enquanto outros (*champions of self-restraint*) advogavam uma política de autocontenção judicial, deixando para o governo a adoção de medidas que alcancem os resultados sociais desejados pelo povo, seja para o bem ou para o mal¹⁹.

Aqui é possível identificar três traços característicos dessa postura ativista: 1) de ordem teleológica, o juiz como instrumento de efetivação de políticas de bem-estar; 2) de ordem institucional, a substituição dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário; 3) de ordem substantiva, a interpretação dos fatos sociais a partir de concepções particulares de justiça do magistrado²⁰.

Segundo Luís Roberto Barroso²¹, o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.” E aponta três atitudes tipicamente ativistas:

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 467-468.

¹⁸ SOWELL, *op. cit.*, p. 266.

¹⁹ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004, p. 1446.

²⁰ BESERRA, Antonio Patrick e Silva. **Ativismo judicial: elementos centrais para conceituação e análise**. 2013. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013, p. 14-15.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 26 e 31.

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Já Elival da Silva Ramos²² define esse fenômeno como um exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judicial resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos). Haveria, então, uma desnaturação das atividades típicas da judicatura, em detrimento do campo de atuação dos demais Poderes, sobretudo o Legislativo.

Em contrapartida, visando evitar abusos e garantir o balanceamento entre os poderes, surge a doutrina da autolimitação judicial (*judicial self-restraint doctrine*), a qual apregoa a ideia de que os tribunais não têm competência para dar a última palavra (*the last say*)²³ sobre questões controvertidas de cunho político, devendo, na dúvida, ser respeitada a opção dada pelo legislador (*in dubio pro legislatore*)²⁴ – que provavelmente tinha uma intenção originária diversa daquela deduzida pelo intérprete.

Oliver Wendell Holmes²⁵, juiz da Suprema Corte, resume sistematicamente a filosofia de conformação à vontade do legislador ao defender que o papel do juiz “é verificar se o jogo está sendo jogado segundo as regras, gostando eu delas ou não.” No mesmo sentido, Antonin Scalia²⁶, também membro da Alta Corte, dizia, em tom jocoso, que se alguém gosta o tempo todo de suas conclusões extraídas da lei, é porque provavelmente está fazendo algo de errado (informação verbal). Para Barroso²⁷, essa postura procura reduzir a interferência jurisdicional nas ações dos outros Poderes, restringindo o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, na medida que os juízes:

a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

²² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

²³ Caso digno de nota ocorreu no Brasil, na metade de 2017, após a declaração de inconstitucionalidade da prática da vaquejada na ADI 4.983/CE, em face de Lei Estadual. Descontente com a decisão, o Congresso Nacional votou e aprovou a Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou ao art. 225 da CF/88 o § 7º, o qual não considera cruel práticas desportivas com animais, desde que sejam manifestações culturais.

²⁴ DIMOULIS; LUNARDI, *op. cit.*, p. 468-469.

²⁵ HOLMES, Oliver Wendell. **Collected legal papers**. New York: Peter Smith, 1952, p. 307. Paradoxalmente, o autor é adepto do realismo jurídico, segundo o qual o direito é o que os tribunais dizem.

²⁶ Palestra proferida na Chapman Law School, na cidade de Orange, Califórnia, em agosto de 2005.

²⁷ BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 26.

Ocorre que essas determinações são demasiado imprecisas, pois não é tão simples delimitar no caso particular qual conduta judicial pode ser considerada como ativista ou autocontida. É tanto que o próprio Schlesinger se contradisse ao elogiar largamente o voto dissidente do juiz Felix Frankfurter no *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, acusando a maioria vencedora de ativismo judicial, quando o juiz Robert Jackson, classificado por ele como um dos “campeões da autocontenção”, foi, na verdade, o autor da opinião majoritária taxada de ativista. Essa inconsistência se deve ao fato de o historiador estar mais preocupado em descrever uma situação histórica particular do que oferecer uma definição jurídica coerente para esse fenômeno; obscurecendo, assim, a sua análise tipológica²⁸.

A propósito, há certa dissonância cognitiva por parte dos juízes, que ora adotam uma conduta autocontida, ora ativista, sugerindo que, dentro de determinada questão de direito, se pode explorar em qualquer direção, a depender das predileções particulares de cada juiz. Um caso ilustrativo é o do juiz William O. Douglas, que ora dizia que a Corte não deveria ser uma “superlegislatura”, devendo deixar a política social à cargo dos representantes do povo, ora fundamentava suas decisões em “emanações” provenientes das “penumbras” da Lei Maior, tudo com o fito de encobrir preferências ideológicas individuais²⁹.

Todas as conceituações até o momento expostas, entretanto, se mostram insuficientes pela vagueza e ambiguidade das expressões empregadas, especialmente como “justiça social”, “bem-estar geral”, “resultado útil”. Para encontrar uma definição precisa do que seja ativismo judicial, é impreterível conhecer como se opera a relação cognoscitiva entre o intérprete e a lei. Façamo-lo, então, a seguir.

2.2.2 Juízes legisladores?

As concepções vistas no tópico anterior pouco aproveitam a uma análise científica séria, vez que um conceito inequívoco de ativismo judicial precisa estar amparado tanto na estrutura ontológico-funcional das decisões judiciais como na teoria do direito, de modo a evitar modelos subjetivos de identificação. Relacionar o ativismo com uma atuação jurisdicional “em favor da garantia e promoção de valores substantivos da Constituição” seria tomar de antemão uma posição em favor do ativismo, valorando negativamente àqueles que se oponham a ele.

²⁸ GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, v. 58, n. 5, 2009, p. 1202 e 1205.

²⁹ SOWELL, *op. cit.*, p. 262 e 267.

Um conceito que se queira científico precisa se abster de fazer juízos de valor dessa natureza sobre o objeto estudado.

Dito isso, quando se associa o ativismo a julgamentos “para além do direito”, ou à vontade do legislador sendo substituída pela opinião do intérprete, cai-se em um reducionismo de igualar o direito à lei escrita, porque voltar-se-ia ao ideal individual-objetivista do magistrado reproduzidor da prescrição normativa. Nada existiria além dos textos jurídicos criados pelos legisladores, os quais falariam por si mesmos e cujos sentidos seriam uníssonos, cabendo ao juiz apenas verificar a competência legal do órgão prolator do ato. As decisões judiciais não passariam de processos automáticos operados por indivíduos minimamente alfabetizados, posto que as consequências normativas já estariam contidas no texto escrito.

Ora, aceitar tais premissas significa assumir que o juiz apenas reproduz o sentido de um texto legal unívoco, reduzindo todos os problemas hermenêuticos e linguísticos aí envolvidos a uma simples leitura da lei. Para isso, seria necessário um sistema demasiado simplificado e fechado, no qual não haveria lacunas a serem preenchidas e antinomias a serem sanadas, tampouco existiriam anacronismos legais e regras em desuso a serem substituídas. Hans Kelsen³⁰ já havia percebido a falsidade da concepção segundo a qual o exercício do poder se encerra dentro do processo legislativo, cabendo ao juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas aplicar esse ordenamento criado pelo legislador.

Em verdade, a jurisdição é continuação do exercício do poder político, na medida em que o juiz está autorizado a avaliar, dentro dos limites legais, interesses contrastantes entre si, participando da produção do direito ao criar normas individuais para o caso concreto. Se todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses, e toda disputa de interesses é uma disputa de poder, então toda controvérsia política pode ser decidida como uma controvérsia jurídica. Portanto, o traço distintivo do ativismo não pode ser o seu conteúdo eminentemente político, nem o magistrado pode ser considerado coadjuvante no processo de criação do direito.

De fato, conforme Kelsen³¹, a aplicação do direito ocorre simultaneamente a sua produção, pois todo ato jurídico está concomitantemente aplicando uma norma superior enquanto produz uma norma inferior, regulada por ela. Assim, todo ato criador do direito deve

³⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251-252.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 260-264. Somente na execução do ato coercitivo estatuído por essa norma individual – o último ato do processo de produção jurídica – se opera a aplicação de uma norma sem que seja, ela própria, derivada de uma norma geral. Cf. também MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

ser aplicador do direito, isto é, deve ser aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato e criação de uma norma individualizada superveniente ao fato, produzindo lei entre as partes.

O juiz não tem simplesmente de descobrir e reproduzir um direito de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída, mas criar, a partir de uma norma geral, a norma individual aplicável ao caso – que se encontra na base da pirâmide normativa –, em um processo nitidamente constitutivo e não meramente declaratório: afinal, uma norma não carece de interpretação apenas na medida em que as palavras não são unívocas ou clarividentes, mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um fato específico.

Como em todo ato de concretização do direito está presente, de forma mais ou menos explícita, um juízo de constitucionalidade da lei aplicada ao caso³², conseqüentemente a coerência da ordem jurídica e a força normativa da Constituição dependem de um sistema de controle das decisões judiciais, a fim de garantir os meios pelos quais qualquer incongruência normativa seja sanada e a unidade ameaçada restabelecida. No entanto, quando o magistrado deliberadamente manipula o conteúdo da norma individualizada para que produza efeitos que não apenas não estavam previstos, como também incompatíveis com a legislação, passa a atuar no campo da arbitrariedade e a oferecer uma prestação jurisdicional contrária à lei, ao considerar superior uma norma subordinada. Esta norma individualizada apresentará então um caráter *contra legem*³³.

Por isso que o controle de constitucionalidade nada tem a ver com o ativismo judicial, posto que ele próprio visa a dar coerência ao ordenamento jurídico, afastando a aplicação de uma norma inferior que seja incompatível com as normas superiores das quais encontra fundamento, segundo a estrutura escalonada kelseniana. A decisão ativista faz o inverso ao desestabilizar o sistema normativo, invertendo o topo da pirâmide e subvertendo a legitimidade que lhe foi conferida pelas normas fundantes. Essa norma será então causa de si própria, pois não achará fundamento de validade em nenhuma outra; e, assim, não poderá ser considerada jurídica, pois fruto do arbítrio judicial. Por conseguinte, se uma sentença invalida uma norma fundante, toda a sequência de normas derivadas dela será comprometida, em um efeito cascata³⁴.

³² BARROSO, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 18. Idêntica conclusão se extrai de Kelsen, para quem a aplicação da norma individual inferior é concretização da norma geral superior.

³³ BESERRA, *op. cit.*, p. 38-39. Kelsen jamais aceitaria essa conclusão, posto que considera inadmissível a concepção de uma decisão judicial “ilegal” – muito embora acredite ser válida e eficaz uma lei até que lhe seja declarada a inconstitucionalidade. Cf. KELSEN, Teoria pura do direito, p. 295-306.

³⁴ BESERRA, *op. cit.*, p. 28 e 37.

Tal condição ambivalente permite o enquadramento do ativismo não como um erro na fundamentação judicial, mas como uma valoração de eficácia negativa da lei em vigor. É dizer, a prestação *contra legem* não decorre de uma falha na argumentação jurídica, porém na concepção de que determinado comando normativo merece ser extirpado do ordenamento jurídico. Por essa razão a decisão prolatada no caso *Marbury v. Madison* não pode ser acusada de ativista sob o argumento de ter criado uma regra não prevista pelo legislador, posto que todo precedente jurisprudencial é também um ato de criação do direito – ainda mais no modelo anglo-saxônico de *stare decisis*. Assim não fosse, o princípio da insignificância exarado no HC 92.463/RS, por exemplo, seria uma anomia jurídica, visto que incluiu na ordem legal uma hipótese de exclusão de tipicidade penal não expressamente positivada. Embora seja árduo identificar uma decisão qualitativamente contrária à lei, a relevância desse conceito é ser mais preciso e objetivo do que os anteriormente apresentados, pois evita juízos precipitados de valor.

Ao reconhecer o papel criativo dos tribunais, Kelsen, símbolo do positivismo normativista, mostra que sua teoria pura está longe de cair no reducionismo hermenêutico dos exegetas sobre a reprodução de sentidos. Daí Mauro Cappelletti³⁵ condenar a equiparação de juízes a legisladores no processo judicial, em virtude de tal assertiva ignorar a criatividade inerente à toda função jurisdicional. A questão se desloca, portanto, da indagação de se os juízes criam ou não o direito para de qual é o limite dessa criação judicial. A propósito, o que é a lei? Que é a norma jurídica? Há diferenças estruturais entre elas? Esses questionamentos, que, a princípio, podem parecer banais, foram definitivamente respondidos por Friedrich Müller a partir da cisão entre texto e norma jurídicas, dando início a um novo paradigma do direito.

2.3 Interpretação e aplicação do direito: o texto e a norma

Toda decisão judicial, enquanto ato de poder, é, por sua própria natureza, um fenômeno normativo *per se*, ou seja, uma norma em si mesma (norma de decisão), aplicada ao caso concreto³⁶, cujo antecedente é a norma jurídica resultante da interpretação dada pelo juiz. Habitualmente, entretanto, tende-se a não fazer qualquer distinção entre texto e norma, como se ambos fossem uma coisa só. No senso comum, impera ainda a igualdade entre direito positivo (*lex*) e jurisprudência (*iurisprudencia*), equiparando aquilo abstratamente estabelecido pelo legislador e a interpretação dada incidentalmente pelos magistrados.

³⁵ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 128-129.

³⁶ BESERRA, *op. cit.*, p. 27-28.

Tal resquício do positivismo exegético-legalista veio a ser duramente combatido na virada para o século XX, por Oskar Bülow no Movimento do Direito Livre, Rudolf von Jhering na Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), Philipp Heck na Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*), François Gény na Livre Investigação do Direito (*Libre Recherche*), Eugen Ehrlich na sociologia jurídica, entre outros, ao negarem uma visão pandectista do direito, com o ideal de completude e univocidade da leis reconhecerem a incongruência de um sistema lógico-dedutivo, isto é, de conclusões subsuntivas, em face da atividade criadora dos tribunais³⁷.

Na metade do século, com o giro ontológico-linguístico proporcionado, sobretudo, por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer através da passagem da investigação filosófica sujeito-objeto para sujeito-sujeito, a interpretação passou a ser entendida não mais como uma reprodutora de sentidos psicologicamente expressos pelo autor no texto – como queriam Wilhelm Dilthey e Friedrich Schleiermacher –, mas como um verdadeiro ato produtivo, no qual o intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão textual, dando-lhe nova significação³⁸. A partir daí a tarefa de interpretar passa a ser definitivamente entendida como uma atribuição de sentido, logo, uma ação criativa; consideração que, conforme visto, já se encontrava plenamente em Kelsen³⁹.

A contribuição da hermenêutica filosófica teve, assim, um impacto profundo na teoria do direito. Se aos textos é dado novo significado pela interpretação, então os intérpretes jurídicos não poderiam extrair a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*) deles, mas apenas reverberar a vontade do intérprete, de modo que todo ato interpretativo implicaria na atribuição de sentido aos enunciados linguísticos constantes na lei. Com isso, texto e norma não podiam mais ser entendidos como uma única e mesma coisa, porém como duas fases distintas e progressivas de um mesmo processo compreensivo.

De fato, a concretização do direito é operada em dois momentos: do texto legal até a norma jurídica, desta à norma de decisão. A norma é o corolário jurídico da interpretação, e

³⁷ VILLEY, *op. cit.*, p. 398-399; MAGALHÃES FILHO, *op. cit.*, 20-22; MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60-61. Indo além, Hermann Kantorowicz, em 1906, foi o primeiro a defender abertamente o ideal de direito justo (*richtiges Recht*), no qual o magistrado não deveria se ater aos textos jurídicos ou a qualquer método de interpretação, mas tão somente em seguir o foro de sua consciência, inspirando-se em dados sociológicos da realidade. Cf. também LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 56-81.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 265 *et seq.* Para aprofundar, cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

³⁹ KELSEN, Teoria pura do direito, p. 387. Tal constatação difere substancialmente da noção de ativismo, em cujo processo criativo se dá fora da lei, e não dentro dela.

o processo interpretativo é a significação do texto normativo. Partindo dele é que a norma jurídica será construída por meio de interpretações, as quais se concretizarão em uma norma de decisão diante dos fatos específicos. Logo, a dinâmica jurídica é aplicação em relação às normas gerais que o justifica, porém é criação em relação às normas individuais que o fundamenta⁴⁰.

O enunciado normativo, afirma Müller⁴¹, não contém imediatamente a norma. O legislador não é capaz de prever todas as possibilidades fáticas existentes no mundo real. Era a isso que Kelsen⁴² se referia quando descreveu a decisão judicial como um ato de vontade, superando a visão exegética-clássica do juiz reproduzidor da lei e conhecedor do direito preexistente, já que a interpretação cognoscitiva da norma a aplicar, obtida por uma operação de conhecimento, soma-se a vontade do julgador em selecionar uma dentre as várias possibilidades (moldura da norma), cuja solução escolhida designará, afinal, o direito positivo concretizado.

Todavia, não vamos tão longe a ponto de afirmar que o juiz é, em última instância, o único legislador. Esse papel de criação não é empreendido a partir do nada (*ex nihilo*), pela livre descoberta do direito, porém na produção de um sentido específico a partir da interpretação de um direito previamente positivado. Essas regras pré-estabelecidas é que limitarão o campo interpretativo do hermenêuta, pois os juízes produzem o direito, na medida em que completam o trabalho do autor da proposição normativa ao interpretá-la. Em outros termos, se a função típica do Legislativo é criar leis genéricas, então a do Judiciário é criar normas individualizadas a partir daquelas.

Não se deve cair em um realismo decisionista ao supor que os magistrados não estão vinculados a nenhuma norma geral antecedente à concretização do direito. O magistrado não cria normas gerais, mas produz, *de facto*, direito ao criar normas individuais. Ainda que a produção da norma jurídica só se dê mediante um processo de construção hermenêutica e a sua transformação em norma de decisão ante um suporte fático dado pela realidade, quando ocorrerá concretamente a aplicação do direito ao caso, a criação institucional do dispositivo normativo subordina o intérprete, limitando o seu campo de atuação semântica (dupla contingência do direito)⁴³.

O direito não produz-se a si mesmo, mas carece de um duplo grau de criação: o texto legal fruto do processo legislativo (mundo do dever-ser: *sollen*) e a norma jurídica

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 18, 28 e 35.

⁴¹ MÜLLER, *op. cit.*, p. 56-57.

⁴² KELSEN, Teoria pura do direito, p. 394.

⁴³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 08-09.

resultante do processo interpretativo (mundo do ser: *sein*). Os textos não se interpretam por si só, mas antes necessitam de um impulso cognitivo para lhe imprimir sentido. Daí que se há de tomar com reservas o brocardo romano *in claris cessatio interpretatio*⁴⁴, visto que para se afirmar que uma lei é clara é preciso antes interpretá-la. Afinal, se as leis fossem autoaplicáveis, os juízes seriam supérfluos, pois pessoas alfabetizadas bastariam.

Metaforicamente, segundo a teoria egológica do direito, a interpretação judicial é como a interpretação musical, vez que o músico toca a partitura tal qual o intérprete aplica o direito, fiel às cifras e letra da música como à lei, sem afetar, contudo, a criação do compositor em seu conjunto, guiando-se por uma percepção axiológica das diversas sonoridades possíveis⁴⁵. Não há quer se falar, pois, em uma única interpretação correta, mas sim na execução adequada dentre as várias possíveis⁴⁶. E na hipótese de o executante decidir arbitrariamente tocar outra música, ou pior, inventar uma nova durante o concerto, ele estaria agindo exatamente como o juiz ativista age diante de sua função.

Com efeito, quando se repete que o magistrado se subordina somente à lei, quer-se dizer que a hermenêutica jurídica só opera na medida em que limita a margem interpretativa do julgador no caso concreto e não transforma a sua autoconsciência em arbítrio. Kelsen compreendeu bem isso quando descreveu a sentença judicial como ato de vontade – que não significa voluntarismo ou decisionismo –, em contraposição à concepção hermenêutica clássica de ato de conhecimento, no qual o intérprete, por seu intelecto, desvela o verdadeiro sentido do texto. Pois, não há apenas limites substanciais ao ato interpretativo, mas também formais, os quais importam na inércia, imparcialidade e contraditório processuais, impondo restrições à criatividade judiciária⁴⁷.

Segundo a concepção de direito como integridade (*law as integrity*) de Ronald Dworkin⁴⁸, o intérprete gozaria senão de discricionariedade em sentido fraco, na medida que

⁴⁴ Sobre o assunto, comenta Vittorio Frosini: “O aforisma latino, em seu significado original, tinha uma função específica: a de fazer prevalecer a vontade do legislador sobre a do comentarista. Mas no seu uso habitual foi adquirindo o sentido irreflexivo e enganoso de que se pode prescindir da interpretação da mensagem legislativa quando esta é clara em si mesma. Em realidade, a clareza de uma lei, que nunca se encontra isolada do contexto que é o ordenamento jurídico ao qual pertence e graças ao qual torna-se operante, não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, que a reconhece e afirma como tal: como clareza e certeza.” Cf. FROSINI, Teoría de la interpretación jurídica, p. 98, *apud* GRAU, *op. cit.*, p. 32, nota de rodapé, tradução do autor.

⁴⁵ COSSIO, Carlos. **La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 79. No mesmo sentido, cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 359-360.

⁴⁶ KELSEN, Teoria pura do direito, p. 390-393.

⁴⁷ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 23-27.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305-306. Paradoxalmente, embora represente um pensamento moralista, Dworkin rotula o ativismo como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, visto que ignora o texto e a história da Constituição, os precedentes da Corte Suprema e as duradoras tradições da cultura política. Se o julgador só tem uma opção correta à sua

chegaria a uma única solução hermenêutica correta a partir da investigação racional dos princípios morais da comunidade política. Em contrapartida, Herbert Hart⁴⁹ adota um sentido de discricionariedade forte, vez que a lei não vincularia o hermenauta a qualquer decisão, havendo um universo de possibilidades disponíveis ao órgão sentenciante para a resposta do caso particular (textura aberta do direito).

No entanto, a imprecisão semântica dos textos normativos e a incerteza denotativa em torno da norma a aplicar ao caso não pode ser confundida com “discricionariedade judicial”. Só haveria poder discricionário se a própria norma atribuísse ao intérprete a faculdade de escolher entre uma opção ou outra⁵⁰. Embora não haja uma única resposta correta, o hermenauta é pautado pela solução adequada à lide, cabendo atribuir o sentido que melhor dê coerência e unidade ao ordenamento. A existência de alternativas para a concretização do direito pelo órgão aplicador não constitui liberdade discricionária, porquanto se deve buscar uma interpretação adequada aos fatos dentro dos limites legais.

Portanto, o uso do termo “discricionariedade” é inconveniente pelo uso corrente no âmbito dos atos administrativos, podendo levar a equívocos na compreensão do papel do juiz na criação jurídica. As várias opções que o administrador público tem a seu dispor para atingir determinado programa político não se confundem, em substância, com as possibilidades interpretativas do julgador. Não há qualquer juízo de conveniência e oportunidade, em cujas opções entre indiferentes jurídicos são inteiramente subjetivas⁵¹.

O intérprete tem diante de si algo que só pode ser recriado ou representado dentro dos limites daquilo que já se tornou objetivo mediante ato de outrem, de modo que, por mais criadora que seja a função de interpretar, o intérprete jamais poderá ir além do horizonte daquilo no qual lhe coube compreender e expressar⁵². Isso, antes de importar em considera-lo ungido à presumida intenção originária do autor da forma objetivada, significa tão somente que a limitação do poder de interpretar não resulta de eventual deficiência ou carência de meios de investigação racional, mas de uma condição inerente à natureza mesma do ato interpretativo: a

disposição, qualquer outra escolha deverá ser taxada de ativista, por violar o espírito do ordenamento jurídico. Cf. *ibid.*, p. 451-452.

⁴⁹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 183.

⁵⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 14-15.

⁵¹ GRAU, *op. cit.*, p. 163. *Ibid.*, p. 91, grifado no original: “Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade*. *Juízo de legalidade* é atuação no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo *texto*. Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.”

⁵² REALE, Miguel. Problemas de hermenêutica jurídica. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 242-243.

fidelidade do investigador à estrutura objetiva, em função da qual pode-se mover com relativa liberdade, desde que não desnature ou deforme a moldura a que se acha vinculado. É dizer, o responsável pela interpretação e aplicação normativa não pode ignorar o órgão de produção institucional do direito, já que a própria argumentação jurídica depende do texto⁵³.

O hermeneuta está vinculado à objetividade do direito, ainda que isso não queira dizer inteiramente que toda decisão seja matematicamente previsível e invariável, pois a lei é abstrata e geral, devendo ser interpretada em cada caso, de forma concreta e individual⁵⁴. Essa concepção se contrapõe à ideia tradicional de que a interpretação das regras jurídicas se resume a uma mera subsunção mecânica do fato à norma, uma reprodução automática de sentido, como em um simples silogismo ou equação matemática. Na verdade, toda interpretação exige do julgador a escolha de uma solução dentre diversas possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico⁵⁵, aquele investido da função judiciária, dar-lhe um significado definitivo.

A lei, observa Habermas⁵⁶, jamais foi dotada de uma definição semântica que lhe permitisse uma aplicação simplesmente algorítmica. A existência de um núcleo racional de procedimentos que exigem fundamentação, desde o direito vigente, passando pela interpretação da legislação até a forma processual de concretização jurídica, obriga o intérprete a construir uma solução para o caso específico dentro dos limites legais. Na realidade, o legislador apenas cria signos linguísticos, que ganharão sentido quando interpretados pelo juiz. A interpretação reconstrói, tanto no plano linguístico quanto sistemático, o espírito da lei e lhe dá nova face, diversa da inicialmente idealizada pelo legislador, modificando e adequando-a aos elementos da realidade, em cujos fatos se interpretarão. Por isso, o processo interpretativo é uma transformação de uma expressão linguística (o texto) em outra (a norma), cujo principal produtor é o julgador⁵⁷.

O texto jurídico se emancipa da pessoa do legislador no ato mesmo em que é promulgado, pela simples razão de que as palavras contidas nele jamais foram simples conteúdo de um querer individual, mas sempre um ato volitivo do querer social, de sorte que a imperatividade jurídica nunca foi de caráter voluntarista, porém axiológico: resulta, isto é, do

⁵³ NEVES, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 21-22.

⁵⁵ Segundo Kelsen, a interpretação feita pela ciência jurídica (doutrina, partes, sociedade etc.) é distinta daquela feita pelos órgãos jurídicos. A interpretação científica não é autêntica, é pura determinação cognoscitiva do sentido dos enunciados normativos. Não é criação jurídica, pois apenas pode estabelecer as possíveis significações de uma disposição normativa. O jurista tem de deixar a decisão da interpretação definitiva de um texto normativo ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é o competente para aplicar o direito. Cf. KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 394-396.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, p. 54-55.

⁵⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 27, 44 e 76.

processo de ordenação normativa de valores que se realiza através de manifestações concretas de vontade⁵⁸. A propósito, como ensina Clemente de Diego⁵⁹: “El derecho positivo no es mero producto de la voluntad del legislador, no es pura creación de su mente, es un producto sociológico, es una creación de la sociedad.” E, conseqüentemente, do juiz. Aí está a impropriedade de se chamar o jurista de “operador” do Direito, haja vista remontar a um imaginário mecanicista incompatível com a reviravolta linguística.

À primeira vista, o espetáculo pode parecer paradoxal: os tribunais estão exercendo poderes criadores ao estabelecerem critérios últimos pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juízes deve ela mesma ser testada. Como poderia, pergunta Hart⁶⁰, uma Constituição atribuir autoridade para alguém dizer o que é a própria Constituição? Esse paradoxo desaparece quando nos lembramos que, embora cada regra possa ser duvidosa em certos pontos, a condição necessária de um sistema jurídico existente diz respeito ao fato de que nem toda regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos. É dizer, não obstante o caráter criativo da interpretação, dada a distância ontológico-temporal entre o texto abstratamente positivado e a norma concretamente criada, os critérios últimos de validade dos textos jurídicos estão limitados pela própria aplicação uniforme das regras a uma vasta zona do direito, o que, conseqüentemente, gera certa segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Afinal, não pode haver ciência do direito sem uma boa dose de positivismo.

Tal postura não denota um traço estritamente legalista – haja vista que o direito não é um sistema fechado de regras cujas soluções e conseqüências já estão todas previamente expressas no ordenamento jurídico –, mas apenas no acatamento da legalidade como um exercício da prudência. Pois a interpretação é uma prudência, jamais uma ciência⁶¹. E a jurisprudência é, literalmente, a prudência do direito. Dessa forma, a adesão à lei é exigida apenas a fim de manter os padrões estabelecidos pelo legislador, em vez de deixá-los a cargo da livre criação do juiz. Como arremata Michel Villey⁶²: “O jurista não é apenas o executante das ordens do legislador; prolonga sua obra, sendo artesão, o colaborador da mesma política. A interpretação é [irrevogavelmente] ativa.”

⁵⁸ REALE, *op. cit.*, p. 246 e 249.

⁵⁹ CLEMENTE DE DIEGO, F. **El método en la aplicación del derecho civil**. T. III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1916, p. 293.

⁶⁰ HART, *op. cit.*, p. 197.

⁶¹ GRAU, *op. cit.*, p. 28 e 63-67. Segundo São Tomás de Aquino, a prudência é a virtude que consiste na escolha correta do fim devido, pelos meios adequados para alcançar tal fim. Para uma definição mais profunda, cf. AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. Vol. 4. Tradução de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira *et al.* São Paulo: Loyola, 2006, P I-II, q. 57, p. 124-125.

⁶² VILLEY, *op. cit.*, p. 392. Para o autor, a finalidade da arte jurídica é a justiça, e “a função do intérprete não é ‘aplicar’ as normas do Estado; mas, apoiando-se nos textos, encontrar a solução mais justa.” E a controvérsia dialética seria o meio adequado para alcançá-la. Cf. *ibidem*, p. 450 e 456.

Porém, todas essas considerações ainda não respondem como evitar interpretações manifestamente destoantes entre os magistrados. Ou melhor, como inibir que juízes façam interpretações particularistas da lei. Saber qual a solução jurídica adequada para o caso concreto é um problema que tem atormentado os juristas ao longo das últimas décadas. E é exatamente o que buscaremos discutir nos próximos capítulos.

3 RACIONALIDADE E DISCURSO JURÍDICO

A linguagem é o meio pelo qual nos comunicamos. Sem ela, a transmissão de conhecimento seria impossível. Por meio dos atos de fala, os humanos são capazes de desenvolver um discurso integral e total da realidade que os circunda. Enquanto a emissão de sons e sinais possibilitam apenas a troca de informações acerca do estado das coisas, a língua desenvolvida permite refletir sobre a essência dos objetos. É o emprego do verbo *ser* que nos capacita a compreender, interpretar e descobrir o mundo à nossa volta. Segundo o Ludwig Wittgenstein do *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922), existe um mundo em si independentemente do que nos é dado pela linguística, cuja função é exprimir e torná-lo palpável. Sem ela, a razão seria de pouca utilidade. A linguagem é, portanto, condição de possibilidade para a compreensão do cosmo⁶³.

Por sua vez, toda comunicação tem um fim, e o discurso é o meio pelo qual o ato comunicativo alcança o seu propósito. A arte discursiva foi empregada, em grande parte, na antiguidade pelos filósofos gregos e juristas romanos e na Idade Média pela escolástica. No entanto, a revolução científica iniciada no século XVI impôs uma ciência integralmente dedutiva, fundada em equações matemáticas supostamente capazes de descobrir inquestionavelmente verdades do espírito humano. A crença no conhecimento ilimitado do homem e no domínio sobre a natureza se tornou um axioma para o racionalismo cartesiano, o qual pôs de lado o papel da argumentação, que envolveria inevitavelmente elementos estranhos à razão, isto é, emocionais⁶⁴.

Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas ignoraram todos os problemas decorrentes da linguagem. A argumentação foi restringida a problemas de caráter puramente teóricos, tendo como consequência inevitável a negação do uso prático da razão, tal qual concebido por Aristóteles. A multiplicidade de filosofias levou a um ceticismo crescente no tocante à função da razão prática e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Somente aqueles expressariam um conhecimento objetivo, empírico e racionalmente fundado, enquanto estes, por definição, não passariam de irracionais, subjetivos,

⁶³ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 119-121. A segunda fase de Wittgenstein se dá com a publicação póstuma das *Investigações Filosóficas* em 1953.

⁶⁴ VILLEY, *op. cit.*, p. 276, 286 e 292. De certo modo, não é errado afirmar que os romanos tinham uma compreensão mais profunda e abrangente do fenômeno jurídico do que os modernos – pelo menos até primórdios do século XX, com a viragem ontológico-linguística. Ali, as leis não se confundiam com o direito; a jurisprudência não era igualada aos precedentes; e, nas atividades dos tribunais, exercia-se a virtude da prudência. Em sentido oposto, cf. STRECK, *op. cit.*, p. 119-120.

dependentes das emoções e interesses dos indivíduos e da sociedade⁶⁵. Em decorrência, o Direito, por ciência argumentativa que é, estaria ou no campo da irracionalidade, se admitisse a dúvida metódica e a imprecisão das palavras como regra, ou ao lado da racionalidade, se fosse dotado de uma única resposta correta capaz de ser encontrada pela adoção dos cânones interpretativos apropriados.

Por todo o exposto até o momento, evidente a falsidade desse dualismo. A polissemia das palavras é incapaz de ser resolvida pela lógica formal, e os termos não têm um significado unívoco que impeça ambiguidades e interpretações destoante daquelas empregadas pelo autor. Ainda que se diga com Kelsen e Hart que os conceitos legislativos são vinculantes para o intérprete, é certo que as definições legais nos conduzem muitas vezes a enganos, notadamente devido à problemática em torno da significação das palavras e, principalmente, da cosmovisão intrínseca a todo julgador. Neste aspecto, avaliar a tensão existente entre o sujeito cognoscente e o texto jurídico (pragmática) é tão importante, ou mais, que conhecer a relação entre o termo legal e o objeto representado nos fatos (semântica).

Desse modo, estudar a linguística e os jogos de linguagem (seção 3.1), as etapas de compreensão e interpretação (seção 3.2), os propósitos das formas de fala e modos de persuasão racional (seção 3.3) e os vícios da racionalidade (seção 3.4) é indispensável para vislumbrar as nuances do processo de comunicação jurídica entre os diversos atores na sua inteireza. Assim será possível entender como a emoção pode influenciar a cognição e a intuição enganar a razão na hora da decisão.

3.1 Direito e Linguagem

Para que um processo comunicativo seja possível, é necessário que ambas as partes tenham conhecimento da linguagem empregada, ou melhor, estejam cientes do significado das palavras usadas, pois, ao contrário, seria impossível chegar a um consenso acerca do objeto em discussão. No campo do direito, deve estar implícito que os juristas conhecem e assentem o sentido dos termos e expressões utilizados na discussão⁶⁶. “Deve” porque nem sempre os participantes do jogo da linguagem percebem que a estrutura morfossintática das palavras difere do seu sentido semântico e pragmático, de modo que os interlocutores não se dão conta de que

⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 136, 142 e 152. Sobre o tema, cf. ainda Idem. *Raison éternelle, raison historique*. In: **L'homme et l'histoire**: actes du VIe Congrès des sociétés de philosophie de langue française. Paris: Presses universitaire de France, 1952, p. 347-354.

⁶⁶ GRAU, *op. cit.*, p. 142.

idênticas expressões idiomáticas podem desempenhar significações distintas a depender da compreensão do orador. Ou seja, mesmo seguindo as mesmas regras, ninguém joga o mesmo jogo.

Desde Ferdinand de Saussure⁶⁷, sabe-se que o signo linguístico (termo) é o seu significado (conceito) mais o seu significante (imagem acústica), do qual aquele é a definição gramatical atribuível à palavra enquanto este é a sua representação simbólica na imaginação do locutor. Com isso, não existe uma necessária correspondência entre o sentido originário do signo daquele empregado contemporaneamente pelo emissor, fazendo com que o significante das palavras jamais se dê objetivamente – como ocorre com o conceito, que é estanque – senão intersubjetivamente.

O significante das expressões idiomáticas apresenta uma extensão linear mensurável, variando no tempo ao passo das mudanças sociais ocorridas no mundo da vida (*Lebenswelt*) e das forças políticas atuantes nela. Enquanto os significados são duradouros e determinados, os significantes são passageiros e fluidos⁶⁸. É que a língua não é estática, mas dinâmica. Uma palavra que tenha certa significação no passado pode adquirir uma nova roupagem no presente, e esta pode vir a ser reinventada no futuro.

O “preconceito”, por exemplo, ganhou uma conotação excessivamente pejorativa somente recentemente. Essa concepção de vício no raciocínio, sanável apenas pelo uso reto da razão, remonta ao Iluminismo, quando os filósofos racionalistas, em repúdio às tradições da Idade Média, acreditavam ser possível sepultar todas as superstições, temores e paixões da racionalidade na consciência do agente, alcançando a verdade objetiva das coisas⁶⁹. Para Gadamer⁷⁰, porém, longe de significar um falso juízo da realidade, o pré-conceito é parte integrante do processo de compreensão inerente a ela, cuja ocorrência cognitiva é inescapável dada a historicidade do homem.

De fato, é por meio das impressões e afeições que fazemos uma imagem do mundo ao nosso redor, e cada pessoa tem um acesso direito e exclusivo a elas. Cada qual possui certeza das próprias convicções, mas não em relação a terceiros. Isso constitui um problema no processo comunicativo, já que o outro não possui acesso à minha consciência, tampouco eu a

⁶⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2009, p. 79-84. O texto, inalterável, é o significado, enquanto a norma, variável, é o significante. Em sentido oposto, cf. NEVES, *op. cit.*, p. 04-05.

⁶⁸ GRAU, *op. cit.*, p. 160 e 163. O autor esclarece ainda a impropriedade da expressão “conceitos indeterminados”. Um conceito é sempre determinado, as palavras contidas nele é que podem ser vagas.

⁶⁹ MAGALHÃES FILHO, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁰ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 360.

dele, razão pela qual eu não sei se as palavras por ele empregadas para exprimir suas sensações têm os mesmos sentidos das que eu emprego. Daí a conclusão de que o conhecimento e a comunicação humana, em última análise, são realidades inteiramente privadas e essencialmente individuais, somente secundariamente comunicativas e interpessoais⁷¹. Em face disso, seria um erro isolar expressões do contexto histórico-social em que emergem, pois tornaria impossível descobrir qual sentido o interlocutor buscava imprimir-lhe.

No âmbito jurídico não pode ser diferente, visto que os termos inseridos em um texto dependem de reconhecimento uniforme por um grupo social para que possam prestar-se ao cumprimento de suas funções, permitindo a sua aplicação de uma forma minimamente certa e segura pela massa falante. Não fosse decisivamente ambígua e imprecisa a linguagem, em especial a jurídica, bastar-nos-iam os conceitos. Todavia, a realidade é diversa, e o problema da ambiguidade e imprecisão dos termos e expressões jurídicos precisa ser enfrentado pelo intérprete do direito⁷², conquanto as eventuais definições venham a ser moldadas por suas predileções intelectuais.

A Constituição, condicionada pela realidade histórica em que está inserida, somente alcança sua força normativa a partir da absorção dos reais fatores de poder que moldam seus efeitos, passando da dimensão textual para a dimensão normativa, na qual o texto ganhará sentido concreto⁷³. Ou seja, a interpretação constitucional, no nível semiótico, é interpretação semântica voltada para a determinação das palavras contidas no texto da Constituição, de forma a mantê-la dialeticamente viva, vez que as normas reveladas por enunciados linguísticos independem da intenção ou vontade do legislador constituinte, adquirindo autonomia para operarem de acordo com as condições históricas presentes produtoras de novos usos da língua, decisivos na atribuição de significado ao texto pelo intérprete⁷⁴.

Daí Kelsen⁷⁵ afirmar que o órgão aplicador do direito se depara com várias significações possíveis, extraídas da pluralidade de sentidos das palavras contidas nos dispositivos normativos. Mas não é só isso. O problema não se resume à ambiguidade do direito. Devemos ultrapassar a mera relação sintático-semântica tradicional dos enunciados para outro

⁷¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 124. Contra essa visão subjetivista-individualista da linguagem humana (primeira fase) é que o segundo Wittgenstein se insurgiu, colocando o sujeito em um processo de socialização, no qual a ação do homem se daria conforme regras que ele juntamente a outros indivíduos estabeleceu, e não simplesmente como pessoa isolada da comunidade falante ao seu próprio arbítrio. Cf. *ibid.*, p. 125 e 143.

⁷² GRAU, *op. cit.*, p. 149 e 158.

⁷³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

⁷⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 82-83.

⁷⁵ KELSEN, Teoria pura do direito, p. 389.

plano. Como faz notar Nagibe Jorge Neto⁷⁶, a análise do aspecto puramente semântico do texto não oferece respostas satisfatórias aos problemas da legitimação e do controle das decisões judiciais, na medida em que trata a sentença como um ato subjetivo isolado e não fruto de um discurso argumentativo-pragmático. Essa limitação ontológico-linguística na compreensão do fenômeno jurídico está no centro da separação dicotômica entre ativistas e autocontidos, substancialistas e procedimentalistas, progressistas e formalistas. Ora, mesmo o texto “claro” torna-se obscuro em função das tensões de interesses conflitantes que se impõem em torno dele, fazendo com que a luta pela produção da norma se instale em virtude deles⁷⁷.

Conforme ensina Josef Esser⁷⁸, a mera análise linguística da norma, sem que o círculo hermenêutico (perguntas e respostas a respeito do objeto a ser interpretado) seja praticado e sem que juízos prévios sejam formulados, não basta à pesquisa da solução adequada a ser aplicada a cada caso. A interpretação do direito é um processo dinâmico, em que as mudanças sociais ocorridas no seio da sociedade alteram a significação dos dispositivos, sendo certo que o divórcio entre texto e realidade, entre mundo jurídico e sócio-político, levará a Carta Magna à condição de mera folha de papel⁷⁹.

Em síntese, o modelo estrutural da semiologia no direito pode ser definido em três campos distintos: i) sintático: na análise da estrutura formal da redação, a fim de eliminar tudo aquilo que oculta o essencial, relacionando os signos entre si; ii) semântico: no estabelecimento e qualificação das relações existentes entre o signo e o objeto representado; iii) pragmático: na significação do texto jurídico, isto é, na interpretação que suponha a superação dos contextos sociais, econômicos e ideológicos, inerentes aos signos, a partir do ponto de vista do sujeito cognoscente⁸⁰.

⁷⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 47 *et seq.*

⁷⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸ ESSER, Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto, p. 133, *apud* GRAU, *op. cit.*, p. 73. Karl Larenz oportunamente nota que “círculo” remete a um movimento circular cujo retorno ao ponto de partida é certo, não sendo, pois, uma expressão adequada. Na verdade, o círculo hermenêutico é melhor expresso por uma estrutura helicoidal, na qual a compreensão ascende do ponto mais baixo ao mais elevado por meio da ampliação de perspectiva pelo intérprete. Cf. LARENZ, *op. cit.*, p. 243.

⁷⁹ Sobre o tema, cf. LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

⁸⁰ STRECK, *op. cit.*, p. 203 e 213. A superação de vaguezas e imprecisões dos enunciados normativos se dá no plano denotativo ou sintático, por meio da seleção das respostas adequadas ao caso, para a concretização da norma jurídica em norma de decisão. Elas dizem respeito à obscuridade em definir os referentes da norma, a indeterminação dos limites dos fatos subjacentes e respectivos efeitos jurídicos que estão previstos na lei, causando dificuldades em eleger quais se enquadram no texto. Já as dubiedades e ambiguidades referem-se à possibilidade de mais de um significado atribuível ao texto, de modo que vários sentidos possam ser extraídos de um mesmo dispositivo normativo, devido à polissemia. Sua superação ocorre no plano conotativo ou semântico, por meio da interpretação do respectivo texto, sobretudo pelos métodos interpretativos teleológicos e sistemáticos. Cf. NEVES, *op. cit.*, p. 06-07.

A grande questão hermenêutica reside justamente em como acontece a atribuição de sentido das frases pelo intérprete no campo da pragmática, operada na relação entre sujeito-objeto, e, sobretudo, se a sua imersão ideológica é efetivamente superada. É aqui que os nossos esforços precisam se concentrar para alcançar uma perfeita compreensão do fenômeno interpretativo e, por conseguinte, jurídico. Vejamos, então, as características do processo de interpretação e suas consequências epistemológicas.

3.2 Compreender o direito: para além dos pré-conceitos

De acordo com Gadamer⁸¹, a pré-compreensão é o instante inicial da interpretação que põe em marcha o processo compreensivo e continua a impulsioná-lo, proporcionando uma orientação inicial do objeto. Esse entendimento provisório se dá antes do primeiro confronto entre as opiniões pré-concebidas do intérprete e as expressões linguísticas constantes no texto escrito, provocando uma antecipação de sentido que guiará a compreensão. Não se trata, porém, de um ato da subjetividade, mas de uma condição de existência, cujos pressupostos estão firmados na comunhão da tradição com a experiência histórica do indivíduo. Em outras palavras, os preconceitos de uma pessoa, muito mais que seus pré-juízos, constituem a realidade histórica de seu ser.

A compreensão inicia-se após o contato com o horizonte do autor, alcançando sua potencialidade quando os pré-conceitos se deixarem substituir progressivamente por outros mais idôneos, resultando não em arbitrariedade, mas sim na fusão de ambos os horizontes, do autor e do leitor, através das diferentes compreensões intersubjetivamente conectadas por meio da linguagem. A isso é dado o nome de círculo hermenêutico, tendo em vista a troca – ou choque! – de informações disponíveis nas consciências dos sujeitos ativo e passivo.

Ocorre que tanto os pré-conceitos quanto as opiniões prévias (*doxa*) não estão à livre disposição do sujeito. A consciência, sem antes conhecer a origem e procedência de suas ideias, não se encontra em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, os quais tornam possível a compreensão, daqueles arbitrários, que a obstaculizam e levam a juízos falsos. Dessa forma, toda interpretação correta deve se proteger contra as opiniões arbitrárias existentes na consciência do agente, as quais projetam determinadas expectativas intuitivas no sujeito e criam uma perspectiva de conhecimento do todo em detrimento da parte.

⁸¹ GADAMER, Verdade e método, p. 355-358, 367-368 e 390-392.

Tal fato não induz que o hermeneuta possa abandonar suas ideias pré-estabelecidas, porém que esteja aberto à visão do texto. Uma consciência formada hermeneuticamente se mostra receptiva desde o início à alteridade do texto: afinal, para a sua exata compreensão é indispensável estar disposto a se deixar convencer por uma opinião diferente. Essa receptividade não pressupõe neutralidade diante das coisas, tampouco autoexclusão, apesar de implicar na assunção das próprias antecipações particulares sobre o conteúdo do texto, a fim de que a ideia mesma possa se apresentar em sua diversidade e, assim, seja confrontada com as verdades pessoais do agente.

Por isso, não se deve dirigir diretamente às palavras desde os preconceitos, mas antes examinar conscientemente estas noções subjetivas quanto à sua legitimação, origem e validade. Reconhecer a legitimidade de outro discurso não significa subordinar-se a ele, mas tão somente permitir-lhe convencer a si mesmo. Aliás, deixar-se determinar pela própria coisa não é uma decisão heroica por parte do hermeneuta, mas apenas seu dever primeiro, constante e último.

Assim, o acontecer interpretativo resulta na impossibilidade de se extrair o “verdadeiro” sentido do texto. O intérprete sempre atribui sentido ao texto, pois aquele sentido originário do autor é invariavelmente superado pela interpretação na historicidade do outro. A compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas é também e sempre produtivo. Pois, compreender não significa compreender melhor, mas tão somente compreender de um modo diferente – o que não implica em relativismo.

No direito, quando se interpreta um texto, este já vem filtrado a partir de uma noção que tenho dele, ou seja, a interpretação está condicionada pela pré-compreensão que tenho da lei. A atribuição de sentido sempre exsurgerà da consciência do aplicador involuntariamente, e os juízos de legalidade estarão inconscientemente mergulhados em seus pré-conceitos. Daí não ser possível primeiro interpretar para depois aplicar o direito, haja vista ser preciso compreender ainda simultaneamente⁸².

A necessidade de atribuir um significado ao texto constitucional, v. g., diz respeito ao fato de nem a Constituição nem o próprio constituinte transmitirem uma decisão unívoca, limitando-se a indicar alguns pontos de partida. O intérprete não se depara com um enunciado isolado do mundo da vida, apartado da realidade, pois a distância entre a generalidade da lei e o fato jurídico concreto projetado em cada caso particular é essencialmente intransponível. A interpretação constitucional, em sentido estrito, só vai ocorrer quando for preciso fornecer uma

⁸² STRECK, *op. cit.*, p. 329, 353 e 361.

solução a um problema concreto, na hipótese comum de a própria Carta Magna não permitir resolver por si mesma de forma concludente⁸³.

A hermenêutica jurídica não serve primariamente para orientar expectativas cognitivas, mas para estabilizar expectativas normativas e, assim, destinar-se à ordenação seletiva de enunciados, afastando-se de valores, interesses e pretensões morais provenientes do contexto social⁸⁴. Segundo Heidegger⁸⁵, a tarefa constante e definitiva da interpretação é impedir que visões, concepções e posições prévias sejam impostas ao intérprete por intuições ou noções populares, para assegurar uma análise científica do objeto estudado. A reflexão hermenêutica se torna prática, então, quando suspeita de toda e qualquer ideologia, à medida que evidencia e expõe seus preconceitos⁸⁶. Daí que a hermenêutica não se deve ocupar em desenvolver um procedimento metodológico compreensivo, mas antes esclarecer as condições sob as quais a compreensão ocorre.

Tal postura não configura uma visão relativista do fenômeno jurídico, de que a lei seria desnecessária, dada a arbitrariedade dos juízos. Dar sentido ao texto não significa dar qualquer sentido a ele, muito menos que todos são iguais. Esse tipo de conclusão equivocada parte da premissa de que o direito é uma ciência lógica, cujo objeto é a busca da verdade. A finalidade do direito, na realidade, é o regramento e a organização dos comportamentos humanos para uma vida pacífica e menos conflitiva em comunidade, do qual a procura pela solução adequada à lide passa, necessariamente, por um discurso dirigido a uma plateia. Nesse confronto de teses jurídicas, vencerá aquela que ganhar a compreensão do julgador. Sobre os fins dos atos comunicativos, debruçemo-nos agora.

3.3 Os quatro discursos – e um impostor

Todo discurso tem como propósito suscitar uma modificação intelectual no destinatário, seja pela total aceitação do argumento proposto (discurso eficaz), seja pela sua completa rejeição (discurso fracassado). Enquanto neste há uma modificação final negativa, vez que o ouvinte assimilou a informação recebida, mas a rechaçou; naquele há uma credibilidade derradeira positiva, visto que o seu objetivo foi atingido. O ato discursivo é,

⁸³ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 261. Cf, também GADAMER, Verdade e método, p. 443.

⁸⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 103 e 137.

⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 304 e 400.

⁸⁶ GADAMER, Verdade e método II, p. 304.

portanto, uma transição da premissa acreditada à conclusão acreditável, por meio de um encadeamento de nexos (lógicos, analógicos, cronológicos, etc.) que lhe deem unidade formal⁸⁷.

Já se o receptor não está disposto de antemão a considerar o argumento do proponente, ou seja, aberto a mudar de opinião, não há que se falar sequer em negação do discurso, porém em verdadeira impossibilidade de discussão racional, fugindo, pois, do campo da tipologia dos discursos para dos vícios cognitivos, estudados detidamente no tópico seguinte. Com efeito, seguindo Aristóteles, os discursos humanos podem ser entendidos como uma potência única, que se atualiza em quatro variantes distintas e crescentes em grau de veracidade: Poética, Retórica, Dialética (ou Tópica) e Lógica (ou Analítica).

A Poética versa sobre o reino do possível, não exatamente com o intuito de convencer o ouvinte de algo, mas de dirigir-se sobretudo à imaginação dele, para que aceite uma ficção ou convenção assumida provisoriamente, proporcionando-lhe a contemplação dessa realidade imaginada⁸⁸. A metáfora representa uma marcante figura de linguagem nesse ato de fala. É nitidamente a literatura a referência mais relevante da arte mitopoética, mas não o seu único meio de expressão.

Por sua vez, a Retórica tem por objeto o verossímil e por meta a produção de uma crença firme, induzindo, além da mera presunção imaginativa, a vontade do ouvinte. Partindo das convicções atuais do público, sejam falsas ou verdadeiras, o argumentador procura levar a plateia a uma conclusão verossímil por meio da persuasão – que é uma ação psicológica atuante sobre as crenças comuns do indivíduo. Apoia-se, desta feita, nos preconceitos do auditório, confirmando-os e mergulhando nos lugares-comuns do público para melhor persuadir. Esse discurso, contendo um apelo ou comando mais ou menos implícito, contenta-se em influenciar o receptor por um certo período e para fins da tomada de uma decisão ou ação em particular, fazendo-o sentir que o argumento proposto coincide, em última instância, com sua própria vontade. É o caso do advogado que tenta ludibriar os jurados a partir da boa oratória⁸⁹.

Já a Dialética não se limita a sugerir uma impressão da realidade ou impor persuasivamente uma crença mais conveniente, mas antes submeter essas convicções à prova de credibilidade, por meio da análise dos erros, problemas e acertos do argumento proposto.

⁸⁷ CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**: introdução à teoria dos quatro discursos. Campinas: Vide Editorial, 2013, p. 64-65. Por credibilidade o autor entende como a aceitação da proposta ouvida, que se divide em: a) credibilidade inicial, disposição prévia de admitir uma fala, aceitando suas premissas ao menos temporariamente; b) credibilidade final, a plena aceitação das conclusões apresentadas, bem como das consequências que delas decorrem.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 30 e 70.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 30, 31, 71, 79 e 80; VILLEY, *op. cit.*, p. 266.

Parte de premissas que, conquanto possam ser incertas, são circunstancialmente aceitas como verdadeiras por um público, de certo modo, homogêneo e conhecedor do assunto. Os argumentos prováveis são comparados e confrontados em um diálogo segundo as regras de coerência lógica, chegando a uma conclusão que deva ser idealmente admitida como razoável por ambas as partes contendoras. Depende do compromisso do ouvinte a seguir a lógica dos argumentos e a aceitar verdadeiras as conclusões que não possa refutar analiticamente⁹⁰.

Assim, o raciocínio dialético se caracteriza pela incerteza de suas premissas: opiniões múltiplas e contraditórias cujos valores são problematicamente iguais. Dessa pluralidade de pontos de vista, cada interlocutor visa provar sua tese pessoal. Mas o seu âmago não reside na argumentação individual de cada participante, como na Retórica, e sim na livre confrontação racional de teses, que parte das opiniões gerais do grupo a fim de superá-las, como uma ascensão à verdade. É própria da pesquisa científica, que tende à ciência pela busca do conhecimento verdadeiro a partir do confronto de ideias⁹¹.

Por último, a Analítica se dirige às premissas consideradas indiscutivelmente como certas, a partir da demonstração silogística da veracidade de suas conclusões, construindo uma certeza científica (ou apodítica). Tal qual em um monólogo, não há mais exatamente uma discussão, porquanto basta uma explanação linear da consequência que, partindo de premissas amplamente aceitas e procedendo rigorosamente do silogismo, será tida inevitavelmente como verdadeira. Essa espécie de raciocínio produziria um saber seguro, demonstrativo, que dispunha de premissas incontestáveis⁹².

Dito isso, é visível a existência de uma escala de credibilidade ascendente nos discursos: do possível para o verossímil, deste para o provável, daí finalmente para o certo. Não é que haja propriamente uma hierarquia de valor entre as quatro formas, mas uma diferença de funções articuladas entre si e igualmente necessárias à perfeição do conhecimento⁹³. Ou seja, embora sejam distinguíveis em si mesmo, eles não são isoláveis, razão pela qual cada um atuará com preponderância a depender do propósito do orador.

É impossível erradicar da analítica todo elemento dialético e até mesmo retórico: afinal, a lógica não traz conhecimento em si mesma, mas apenas facilita a verificação dos conhecimentos já adquiridos, confrontando-os com as premissas que os fundamentam para checar se não os contradizem. No entanto, quando não possuímos tais premissas, a única

⁹⁰ CARVALHO, *op. cit.*, p. 30, 33, 71 e 82.

⁹¹ VILLEY, *op. cit.*, p. 265-266.

⁹² CARVALHO, *op. cit.*, p. 31 e 34; VILLEY, *op. cit.*, p. 263.

⁹³ CARVALHO, *op. cit.*, p. 21, nota de rodapé, e 31.

maneira de encontrá-las é por meio da investigação dialética, que, a partir do confronto de ideias contraditórias, conduz à evidência delas. Por isso que, para chegar à certeza científica, é preciso antes passar pelo concurso preliminar e sucessivo da imaginação poética, da vontade organizadora expressa no discurso retórico e da triagem dialética empreendida pela discussão filosófica⁹⁴. Ou melhor, é pela linguagem poética, somada ao convencimento do público pela retórica e ao uso da suspeição das convicções individuais na tópica, que se chega ao conhecimento verdadeiro.

Porém, há argumentos que parecem ser válidos mas não o são, ou ainda: embora sejam válidos, somente em aparência são apropriados à coisa em questão. Tanto podem partir de premissas falsas para chegar a conclusões igualmente falsas, como podem partir de pressupostos verdadeiros para provar ou refutar um ponto diferente da discussão (*ignoratio elenchi*). Esse impostor visa tão somente a aparência de vitória no duelo de argumentos, pois apenas aparenta se conformar ao assunto em questão. A isso Aristóteles⁹⁵ chama de sofisma, do qual, partindo de um erro de raciocínio, se deduz conclusões paradoxais. Para o sofista, existe menos o gosto pela verdade, cuja evidência o humilha, do que do argumento puro em si mesmo, cuja invenção o lisonjeia. Nesse jogo de artimanhas, os argumentos sem conteúdo sólido parecem mais prazerosos, chegando a deleitar o orador em justificar aquilo de que não está seguro, bem como em enganar-se tanto quanto engana o outro⁹⁶. É um silogismo falacioso, ignorante às regras da lógica, que leva o raciocínio ao erro.

Em uma primeira análise, o processo judicial pareceria uma incontestável expressão da Dialética, vez que, do confronto de argumentos entre as partes – da petição inicial (tese) à contestação (antítese) e culminando na sentença (síntese) –, estaríamos diante de uma construção racional da verdade processual, cujo resultado seria uma certeza científica no conteúdo da decisão. Entretanto, para que tal observação fosse verdadeira, seria preciso, além de assentir uma única resposta correta, admitir também que os juízes, intérpretes autênticos, atuam com total imparcialidade nos processos. Não no sentido de tomar partido para um dos polos processuais, mas no de, tanto o juiz quanto as partes, estar de acordo quanto às premissas

⁹⁴ Ibid., p. 28, 32, nota de rodapé, e 35.

⁹⁵ ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005, p. 566, 567 e 584. Aristóteles distingue o raciocínio sofístico do erístico, distinção esta que não tem relevância didática para o presente estudo. Já Schopenhauer intitula de dialética erística os esquemas argumentativos falaciosos que os maus filósofos se utilizam, com considerável sucesso, para enganar o público-alvo, apelando para elementos não racionais da mente. Cf. SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**. Tradução de Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁹⁶ LAVELLE, Louis. **A consciência de si**. Tradução de Lara Christina de Malimpensa. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 34

adotadas e disposto a mudar de opinião caso seus argumentos sejam vencidos, isto é, percam a credibilidade.

Se, em relação aos magistrados, já é difícil acreditar na sua abertura aos argumentos apresentado pelas partes, quanto mais elas mesmas abrirem mão do direito postulado sob o princípio de que suas premissas sejam peremptoriamente rejeitadas se forem refutadas logicamente no duelo argumentativo. É dizer, aceitar que seu direito pereceu em benefício do outro. Para encontrar respostas a tais indagações, tratemos do processo cognitivo a seguir.

3.4: Razão, emoção e ideologia: entre Medusa e Perseu

Acolhendo irrefletidamente o princípio da certeza metódica, a ciência moderna impugnou a fundamentação como meio de parcialidade, não aceitando por certo nada sobre o qual recaia alguma dúvida e conferindo ao método o único caminho de se verificar a verdade. Essa conclusão típica do cartesianismo, sob a qual se funda o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los por completo, vê no uso metodológico e disciplinar da razão a sacada perfeita para evitar erros e confusões⁹⁷.

A concepção claramente expressa por René Descartes, na primeira parte do *Discurso do Método*, era de considerar como falso tudo quanto fosse verossímil, fazendo da evidência, a partir de ideias claras e distintas, a marca indelével da razão. Por consequência disso, apenas as ciências exatas (ou da natureza) trariam conclusões racionais e precisas acerca da realidade, enquanto as ciências humanas (ou do espírito) estariam fadadas aos subjetivismos e à inconsistência de suas respostas. Tal mentalidade, conforme visto, refletiu excessivamente na forma de enxergar o direito. Aceitando, sobretudo desde a codificação napoleônica, uma visão exegética do sistema normativo em prol do ideal de uma única interpretação correta, a modernidade legou um caráter marcadamente mecanicista e aritmético ao ato interpretativo, o qual, livre de qualquer influência emotiva, extrairia o sentido originário do texto jurídico.

Insatisfeito com esse raciocínio lógico-dedutivo, Chaïm Perelman⁹⁸ se dedicou a investigar a interferência das emoções, interesses e impulsos do julgador no processo de aplicação do direito, inserindo os julgamentos de valor ou no campo da irracionalidade, onde os instintos levariam à violência, ou numa lógica inerente à argumentação jurídica, em que a

⁹⁷ GADAMER, Verdade e método, p. 361 e 368.

⁹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: nova retórica**. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 01-06. Sua obra foi rotulada de *nova retórica* porque ultrapassa os limites das teorias antigas ao ir além do campo da oralidade e alcançar também a argumentação escrita, demasiadamente presente na prática jurídica contemporânea.

racionalidade promoveria a maior ou menor adesão dos espíritos às teses que lhes apresentam ao assentimento, a depender da forma de discurso empregada. Em outros termos, se o que conta é a conformidade dos fatos com a verdade, então os juízos de valor estariam realmente na esfera do irracional, posto que não podem ser provados apoditicamente; pelo contrário, se a interferência de elementos passionais não depõe contra a racionalidade dos argumentos, é porque existe uma lógica subjacente à arte da persuasão que precisa ser estudada.

Partindo desta última hipótese, Perelman vai afirmar que a argumentação jurídica não se deve ocupar de qual decisão é a matematicamente certa, com a exclusão de todas as outras como erradas, mas sim de quais meios de se sustentar determinada solução como sendo a mais justa, equitativa e razoável. Ora, as sentenças são obra de homens que seguem instintos, intuições e preconceitos, sofrendo pressões do meio ambiente. Os indivíduos são moldados por suas visões de mundo e valores adquiridos ao longo do tempo durante sua experiência histórica, cujos sentimentos, emoções e convicções influenciam em suas tomadas de decisão. Conseqüentemente, os magistrados não podem ser encarados como meros robôs, prontos para aplicar friamente a lei – como queriam os exegetas.

É inútil, em qualquer ciência compreensiva, tentar separar racionalidade e personalidade do agente interpretador, pois “a decisão judicial implica, inarredavelmente, emoção e volição, visto que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo.”⁹⁹ Logo, como o saber fundado na Retórica é verossímil ou não, jamais verdadeiro ou falso, o Direito, por sua própria natureza, está mais próximo da Retórica do que da Dialética; estando, portanto, mais propenso a ilusões do que a verdades. Desta feita, a decisão judicial não pode mais ser vista como um procedimento racionalista e imparcial pela procura de uma resposta verdadeira, mas como ato humano intelectualmente falho, sujeito à externalização de intuições e emoções por parte dos intérpretes.

O processo não pode mais ser entendido como um aparente silogismo, já que se encontra uma pluralidade de fórmulas possíveis enunciadas pelos diferentes partícipes do direito, cada qual buscando inferir conclusões que lhe sejam favoráveis das premissas invocadas – ou seja, a premissa maior nunca está dada objetivamente. Nesse combate regrado, as partes estão menos interessadas na busca da verdade e na demonstração científica do que na satisfação dos próprios interesses e nos argumentos fantasiosos. A vitória caberá ao antagonista que souber melhor apoiar sua tese nos lugares-comuns mais enraizados no espírito do juiz, argumentando de modo mais convincente e persuasivo – e não necessariamente lógico. Assim, uma solução

⁹⁹ GRAU, *op. cit.*, p. 68-69 e 75.

na prática do direito não é verdadeira, mas oportuna, aceitável, adequada; não foi demonstrada racionalmente, mas seduziu e conquistou a adesão dos espectadores, persuadindo o juiz e, possivelmente, a opinião pública¹⁰⁰.

Sucedem que a verossimilhança de uma afirmação está mais fortemente ligada à associação de crenças e preferências individuais do que a critérios racionais de validade, posto que, enquanto estes são distantes e desconhecidos, aquelas provêm de uma fonte familiar e simpática, causando uma sensação de conforto cognitivo no intelecto do agente. Segundo Daniel Kahneman¹⁰¹, a experiência consciente de familiaridade cria uma afinidade entre a mente e o objeto, gerando um sentimento de empatia, o qual dificilmente será quebrado por outros argumentos.

Com isso, quando uma teoria é amplamente aceita e utilizada como ferramenta de justificação no pensamento humano, é extraordinariamente difícil para a mente notar suas falhas. Presume-se haver uma explicação demasiadamente boa para alguma incoerência detectada, rechaçando os fatos e dados em sentido contrário – ainda que reconhecido, conscientemente, sua validade. Na dúvida, prevalece a unidade da teoria. A máxima “contra fatos não há argumentos” obscurece-se em face da cegueira induzida pela teoria. Dito de outro modo, a falácia, mesmo depois de descoberta, permanece atraente, porque se associa facilmente à intuição do sujeito, exigindo, para tanto, um menor empenho intelectual.

Essa dissonância cognitiva acontece porque relevar eventuais vicissitudes teóricas é uma tarefa menos árdua do que desacreditar completamente uma hipótese imaginada e assentida, cujo esforço empreendido até o momento se tornaria inútil caso fosse simplesmente descartada. Dessa forma, é mais fácil e prático ignorar incongruências teóricas existentes, por causa da situação confortável em que se encontra no cérebro humano, do que revisar toda uma teoria desenvolvida e assimilada pelo sujeito ao longo de sua investigação científica. Aí está o problema da tentativa de construção consensual da verdade a partir de pretensões de validade, tal qual proposta por Habermas¹⁰², pois argumentos, por melhores que sejam, nem sempre serão persuasivos – ou “verdadeiros” – o suficiente para aqueles que não estão dispostos a crê-lo.

Pessoas superconfiantes são inclinadas a depositar excessiva fé em suas intuições, achando qualquer esforço cognitivo no mínimo desagradável e evitando-o o máximo que podem. Quando acreditam que uma conclusão é verdadeira, tendem a acreditar nos argumentos

¹⁰⁰ PERELMAN, Lógica jurídica, p. 156; VILLEY, *op. cit.*, p. 256-257.

¹⁰¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2012, p. 85, 201 e 345.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**: complementos e estudios previos. Madrid: Ediciones Catedra, 1989, p. 131.

que parecem sustentá-la, ainda que esses argumentos não sejam nem um pouco confiáveis. Agir sob um pretense conhecimento da realidade é muitas vezes a substituição perfeita para uma apreciação imparcial de uma situação de incerteza. A regra aqui é a conclusão vindo em primeiro e os argumentos em seguida – quando, na verdade, deveria ser o inverso. Assim, a confiança subjetiva é determinada não pela qualidade e quantidade de informações que a fundamentam, mas pela coerência da história que foi construída na consciência do agente. No caso de juízes, nem a consideração das diversas hipóteses concorrentes dos litigantes é capaz de eliminar essa superconfiança¹⁰³.

Em resumo, é um erro confundir racionalidade (capacidade intelectual dos humanos) com objetividade (possibilidade de conhecimento ontológico dos entes), como fazem os partidários das ciências experimentais e indutivas. Contudo, os avanços atuais na neurologia contribuíram para uma guinada nesse modo de pensar. António Damásio¹⁰⁴ demonstrou suficientemente ser a emoção parte integrante do processo racional, atuando de forma auxiliar – e não antagônica – à razão. Seria errado supor, como Descartes, que as formas racionais de comunicação estão livres de qualquer interferência emotiva, pois sem motivação/volição, não há escolhas. E isso não torna, de modo algum, a comunicação irracional ou o discurso racional impossível, apenas ressalta que as pessoas estão mais enraizadas em seus dogmas e menos dispostas a mudar de opinião do que se imagina.

A razão não é dona de si mesma, mas está sempre inserida no dado presente no qual exerce sua ação, sendo também influenciada por ele. O que compreendo já está filtrado pela minha pré-compreensão. A própria investigação científica, aliás, pressupõe a adoção de pontos de partida pelo cientista, os quais serão confirmados ou rejeitados ao final do estudo, após o confronto empírico das hipóteses com os dados fáticos da realidade.

Toda pesquisa científica inicia-se a partir dos pré-conceitos do pesquisador, que poderão ser substituídos ou não por outros mais idôneos no decorrer da investigação, a depender

¹⁰³ KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 60 e 328-330. Keith E. Stanovich descreve um erro muito comum em associar inteligência à racionalidade. Inteligência elevada não torna as pessoas imunes a vieses, pois ambas ocupam diferentes posições nos modelos de cognição. Enquanto indivíduos inteligentes são melhores em resolver problemas, realizar cálculos exigentes e trocar de tarefas rápido e eficazmente, pessoas racionais são mais céticas acerca de suas próprias intuições, evitando o pecado da indolência intelectual ao não se satisfazer com respostas superficialmente atraentes. O pensamento preguiçoso seria uma falha na mente reflexiva, uma deficiência na racionalidade (e não na mente algorítmica, atrelada à inteligência), tendente a aceitar soluções sumariamente plausíveis que venham prontamente ao cérebro em vez de digerir o seu conteúdo à luz de outros conceitos. Cf. STANOVICH, Keith E. On the distinction between rationality and intelligence: implications for understanding individual differences in reasoning. In: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. (org.). **The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 343-365.

¹⁰⁴ Cf. DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução de Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

de suas disposições. Logo, o discurso racional, longe de estar isento de quaisquer influências emocionais porque se apresenta como fundamentado, pode antes estar condicionado por opiniões pré-concebidas, sendo o procedimento de argumentação nada mais do que mera justificação de uma escolha prévia. É dizer, adota-se primeiro uma premissa para depois encontrar argumentos capazes de justificá-la.

Nesse caminho, não há qualquer pretensão de confronto com dados e fatos que lhe sejam adversos, mas tão somente o fito de confirmar as hipóteses das quais se inicialmente partiu. Aqui, o investigador não está mais interessado na dialética científica, procurando antes ratificar opiniões preliminares do que buscar conformação dos fatos à teoria. O método é viciado, advindo de uma opção deliberada do pesquisador em cancelar convicções previamente estabelecidas, em vez de abrir-se aos elementos da realidade. Os argumentos funcionam apenas como fundamentação legitimadora de preferências intuitivas – usando ainda, se preciso for, discursos sofisticados.

Na espécie jurídica, a argumentação, livre de qualquer controle, põe de lado a moldura previamente estabelecida pelo legislador para satisfazer convicções ocultas do que deveria ser o direito, em uma forma velada de ativismo. Os julgadores, decidindo antes de julgar o caso concretamente, a partir de pré-juízos e com base em pressupostos prontos sobre a matéria em debate, anteriores à análise do contexto fático, transformarão o discurso jurídico em um instrumento de poder para legitimar a soberania do pensamento político-ideológico do intérprete sobre as partes e, conseqüentemente, a sociedade civil. Como bem alerta Gadamer¹⁰⁵, o preconceito, no procedimento jurisprudencial, configura uma pré-decisão jurídica, anterior à sentença definitiva; logo, reduzindo as chances de uma das partes na disputa judicial.

Por esse motivo, a existência do método científico não garante, por si só, a ausência da influência de subjetivismos nas premissas e a certeza inquestionável nas conclusões. A crítica gadameriana ao pensamento anterior ao giro hermenêutico filosófico consiste justamente em, primeiro, afirmar a inexistência de um método único e seguro que garanta a veracidade do conhecimento humano, em contraposição à filosofia de Descartes, e, segundo, a historicidade da compreensão como corolário da hermenêutica e do modo de ser do *Dasein* (ser-aí-no-mundo) heideggeriano¹⁰⁶. A função do hermeneuta é exatamente impedir que preconceitos improdutivos ponham marcha no processo interpretativo até o fim, substituindo-os por outros mais adequados, mas jamais com a possibilidade de extirpá-los totalmente da mente humana.

¹⁰⁵ GADAMER, Verdade e método, p. 360.

¹⁰⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 212. Como observa sagazmente Lenio Streck, a obra de Gadamer poderia muito bem ser intitulada *Verdade contra o Método*.

Reconhecer tal fato, antes de deslegitimar todo e qualquer discurso jurídico, viabiliza um diálogo sobre a influência de fatores intrínsecos e inevitáveis à consciência humana, bem como de suas consequências nas decisões jurídicas. Essa ruptura anticientificista inverte o sentido da reflexão jusfilosófica na medida em que passa apenas a descrever o processo de produção normativa a partir do conceito de desvelamento ou desocultação, e não mais postulando a adoção de qualquer método como pressuposto do conhecimento jurídico. E nem diferente poderia ser, vez que o direito jamais seria considerado uma ciência propriamente dita enquanto as decisões judiciais fossem, em última instância, inteiramente frutos da subjetividade.

O mito, como toda arte poética, abrange interpretações não racionalizadas pelo criador, cabendo ao leitor fazê-las, dentro de certos limites. Nesses termos, ir além dele não configura subvertê-lo, mas, antes, reinventá-lo. Na mitologia grega, o semi-deus Perseu, para derrotar Medusa, que possuía cabelos de serpentes capazes de petrificar quem olhasse para seu rosto, utilizou-se de um simples espelho, através do qual o reflexo da face do monstro era inofensivo, a fim de vê-la e cortar-lhe a cabeça fora. Se a lente da subjetividade é um espelho deformante, como afirma Gadamer¹⁰⁷, então o autoconhecimento é a redenção do mal da individualidade¹⁰⁸. A vitória sobre um oponente significa tanto o conhecimento das fraquezas dele quanto de si mesmo, imunizando-se da sedução de se definir como superior ao outro e ignorar as debilidades que elas possam eventualmente lhe causar.

¹⁰⁷ GADAMER, Verdade e método, p. 368.

¹⁰⁸ LAVELLE, *op. cit.*, p. 49. Cf. também HEIDEGGER, *op. cit.*, p. 400 *et seq.*

4 POR UMA CRÍTICA HERMÊNUTICA DO DIREITO

A Constituição nem sempre foi encarada como um texto jurídico supremo e autoaplicável. Especialmente antes da Segunda Guerra Mundial, e mais particularmente no Brasil pré-redemocratização, a Carta Política tinha um valor bem mais simbólico do que substancial¹⁰⁹. Embora esse cenário pareça anacrônico em pleno século XX, sobretudo após a inovadora doutrina do *judicial review*, no século anterior, é preciso lembrar que os países de origem romanística¹¹⁰ não abraçaram imediatamente o modelo anglo-saxônico de controle difuso de constitucionalidade das leis, senão com ressalvas.

Notadamente influenciados pela concepção francesa de poderes, o Judiciário era visto com temeridade ao ser encarregado da função de interpretar as leis, muito devido à falta de representatividade popular de seus membros. Todavia, sob o manto do legalismo exegético, inviabilizador de qualquer crítica moral à legitimidade e origem do direito posto, inúmeras violações aos direitos humanos foram perpetradas sem meios efetivos de punição, com base na ordem jurídica vigente ao tempo dos fatos, para os possíveis infratores. Depois disso, houve inclusive quem defendesse que leis com elevado grau de crueldade e nocividade ao bem comum não seriam parte integrante do direito¹¹¹.

De fato, o pós-guerra colocou em descrédito as correntes positivistas do direito, tendo em vista serem capazes de justificar barbáries humanas em nome da completa separação entre Direito e Moral. Tornou-se inevitável repensar o direito a partir das consequências de se adotar uma leitura estritamente exegética da lei, à moda do brocardo romano *dura lex sed lex*. Daí a profunda aversão de juristas contemporâneos à teoria pura e científica de Kelsen, que, longe de ser legalista, foi inconsequentemente ignorada no tocante a sua contribuição à hermenêutica jurídica, tal qual vista no primeiro capítulo.

Surge, então, o chamado (neo)constitucionalismo ou pós-positivismo – ou ainda, antipositivismo –, procurando superar o indiferentismo moral das doutrinas anteriores, sem recorrer a categorias da razão subjetiva próprias da escola jusnaturalista. Dentre as principais

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237-238. Para uma visão crítica, cf. DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-225.

¹¹⁰ A correspondência entre “*civil law*” e apego à letra da lei é bastante problemática, já que os pretores romanos eram reconhecidos como criadores de parte do direito positivo (*jus honorarium*), sobretudo de matiz processual, com os éditos pretorianos, indo além do *jus civile* proveniente dos senáculos. Ademais, o *Corpus Juris Civilis*, produzido por jurisconsultos, que nada tinham de legisladores, era também considerado integrante ao direito e, pois, observado pelos magistrados. Cf. VILLEY, *op. cit.*, p. 416-420; MAXIMILIANO, *op. cit.*, 45 e 54.

¹¹¹ RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. **Filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra, Portugal: A. Amado, 1979, p. 417.

características dessa corrente jurídica contemporânea se destacam: 1) a supremacia da constituição; 2) o controle judicial de constitucionalidade das leis – ambos já explicitados por Kelsen, diga-se; 3) a distinção entre regras e princípios; e 4) a essencialidade dos direitos fundamentais.

Esse novo modelo jurídico-constitucional trouxe sérias implicações no modo como os magistrados interpretam o direito e, sobretudo, fundamentam suas decisões. A primazia da eficácia plena dos direitos fundamentais, inclusive em relações privadas, fez com que a argumentação jurídica saísse cada vez mais do plano das regras para entrar na constelação dos princípios. Mas o que são princípios? O que os diferencia das regras? Quais seus métodos de fundamentação? É sobre as consequências dessa nova realidade hermenêutica constitucional que nos envolveremos a partir de agora.

4.1 Nova hermenêutica constitucional: nos confins dos princípios

Em sociedades simples ou primitivas, as ações humanas não se distinguem dos comandos jurídicos, sendo verdade e validade normativa uma coisa só. Reina a autotutela no campo civil e a vingança privada na seara penal, confundindo-se Direito e Moral. É somente da antiguidade ao medievo que se torna plausível a distinção entre regras e princípios, haja vista a introdução da noção de direito natural, sobre o qual o direito positivo deve ser assentado. Este, mutável, passa então a estar subordinado àquele de índole imutável¹¹².

Com o advento das sociedades modernas hipercomplexas, culturalmente plurais, o sistema jurídico de regras se mostra definitivamente incapaz de solver problemas onde a aplicação fria e cega do direito legislado levaria a conclusões absurdas, em detrimento a direitos inalienáveis dos homens. Estes serão chamados de direitos fundamentais, no pós-guerra, e estarão positivados nas constituições nacionais – as quais gozam de superioridade hierárquica e rigidez reformatória –, para que não sejam desrespeitados conforme as conveniências políticas dos tempos.

Na última metade do século XX, a principiologia como estrutura normativa diversa de comandos definidos ganha ampla aceitação na comunidade jurídica. Após a publicação das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios jurídicos foi consagrada sem muita oposição crítica da academia brasileira, muito em função da necessidade de novas estruturas jurídicas capazes de superar a clássica solução de antinomia entre regras

¹¹² NEVES, *op. cit.*, p. 112-113.

por meio de métodos incompatíveis com as sociedades contemporâneas de valores plurais (temporal: *lex posterior derogat legi priori*; hierárquico: *lex superior derogat legi inferior*; especial: *lex specialis derogat legi generalis*).

Reconhecendo a semelhança com a teoria de Dworkin, Alexy¹¹³ difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, os princípios são normas a serem realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitas em graus variados. A otimização se dá pela predominância axiológica de um princípio no caso determinado, não implicando a invalidação do princípio sobreposto, mas tão somente a prevalência de um sobre o outro dentro daquelas condições, possibilitando assim a abertura do direito para a solução de “casos complexos”.

Já as regras são satisfeitas ou não satisfeitas, cumpridas ou descumpridas, mediante subsunções do fato à norma, decorrendo do conflito entre elas ou a invalidação de uma delas ou a incidência de uma cláusula de exceção. Esta última é uma excepcionalidade propriamente criada pelo direito positivo para excluir a incidência normativa em determinado caso específico. Por exemplo, quando uma regra institui certo imposto e outra cria hipóteses de isenção tributária referentes a ele. Ambas continuam permanecendo válidas, embora exista um conflito aparente entre elas. Nos princípios, não sucede assim. Se o conflito entre regras ocorre no plano da validade, pelo “tudo-ou-nada” (*all or nothing*), a colisão entre princípio se opera no campo da eficácia, pela ponderação (*Abwägung*)¹¹⁴.

A lei de colisão diz que um princípio terá que ceder, tendo um preferência em face do outro sob condições específicas. Desse conflito, surgirá uma regra de precedência, segunda a qual, dentro de certos termos, tal princípio sempre prevalecerá sobre outro. *Verbi gratia*, no sopesamento entre o princípio da liberdade de expressão e o direito ao esquecimento, diante do caso de um crime praticado há muitos anos, se este preceder àquele, esse preterido não será expulso do ordenamento jurídico, apenas se produzirá um critério aplicável a outras situações em idênticas condições. Contudo, Alexy¹¹⁵ sustenta a inexistência de relação absoluta entre os princípios, rebatendo o argumento de que o princípio da dignidade humana sempre prevaleceria sobre os outros, visto que há casos excepcionais em que ele pode ceder, como na instituição da pena de morte ou por motivo de guerra.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-99 e 110.

¹¹⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 621.

¹¹⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 99 e 111-114. Em contrapartida, Ávila defende que princípios estruturantes, os quais normatizam o âmbito de atuação estatal, como o federativo, a separação de poderes e o devido processo legal, são exemplos daqueles absolutos, pois não admitem ponderação. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134-135.

Embora as teorias dos juristas norte-americano e alemão não se confundam, esses modelos têm sido mesclados e aplicados no Brasil como se compatível fossem. Tal sincretismo metodológico levou à aceção, na prática jurídica brasileira, de que princípios são “normas fundamentais do sistema”, mais gerais e abstratos, enquanto regras, mais concretas e especiais, costumam ser definidas como concretização desses comandos nucleares¹¹⁶. Ocorre que essa concepção não encontra qualquer respaldo com a estrutura normativa proposta por Alexy, tampouco em Dworkin, para quem princípios somente surgem como fundamento subsidiário para a solução de casos difíceis (*hard cases*). Um exemplo a ser citado é o chamado “princípio da proporcionalidade”, que, na dicção alexyiana¹¹⁷, trata-se de uma “máxima”, um método de aplicação e integração do direito.

Aliás, em Dworkin¹¹⁸, a dimensão de peso (*dimension of weight*) indica a possibilidade de se chegar à única resposta correta para o caso, vez que os princípios jamais estão em relação conflitiva entre si, mas sim integrados coerentemente no sistema jurídico, não se confundindo com a ponderação de Alexy. A distinção é qualitativa, e não de grau.

Além disso, outro equívoco na diferenciação entre regras e princípios é quanto à generalidade. Comumente, fala-se nela para referir-se à imprecisão. Se se pode afirmar que os princípios tendem a ser mais gerais e imprecisos do que as regras, porquanto aqueles não se relacionam imediatamente com as fronteiras das possibilidades do mundo fático e normativo, daí não significar dizer haver uma relação necessária entre generalidade e imprecisão. Fosse assim, princípios que o próprio constituinte quis menos flexível, como o da anterioridade e da imunidade tributária, seriam, pela técnica de normatização que se adotou, flexibilizados¹¹⁹.

¹¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003, p. 612-613. Para um panorama da incompatibilidade entre a teoria dos direitos fundamentais de Alexy e a teoria estruturante do direito de Müller, cf. Idem. Intepretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Idem (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136-139.

¹¹⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 116-120. Para Ávila, trata-se, em verdade, de um “postulado”, cuja operacionalidade se dá em outro nível normativo. Cf. ÁVILA, *op. cit.*, p. 142 *et seq.* Sobre o tema, cf. também SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 24-27.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42-43. Ávila critica essa dimensão de peso dada aos princípios e supostamente inexistente nas regras. É que duas regras tomadas *prima facie*, antes do processo de concretização, poderiam entrar em colisão de tal maneira que o sopesamento pode ganhar peculiar relevância para que se determine qual regra deve prevalecer, sem que daí decorra a perda de validade de uma delas. Ademais, a determinação da prevalência entre regra e exceção depende também da atribuição de peso; não sendo, portanto, independente de ponderação de interesses. Cf. ÁVILA, *op. cit.*, p. 51, 59 e 65. No mesmo sentido, cf. HART, Pós-escrito, *op. cit.*, p. 337-338. Neves acrescenta que, excetuados os casos sem complexidade (*easy cases*), toda e qualquer regra jurídica só é aplicável nos termos do “tudo-ou-nada” ao final do processo concretizador, quando já foram consideradas ou excluídas todas as possíveis exceções relevantes para o desfecho do caso, possibilitando a subsunção dos fatos à regra mediante a norma de decisão. Cf. NEVES, *op. cit.*, p. 60-61.

¹¹⁹ ALEXY, *op. cit.*, p. 108-109; NEVES, *op. cit.*, p. 21-26; ÁVILA, *op. cit.*, p. 91-93.

Não obstante haja uma maior tendência para a vacuidade dos princípios jurídicos, a imprecisão semântica não pode ser tomada como um critério decisivo para a distinção das regras. Há regras, por exemplo, que aludem ao “bom comportamento” carcerário para a progressão de regime prisional, aos “maus antecedentes” para agravar a pena, ao “decoro parlamentar” para a perda do mandato legislativo, à “má-fé” para a perda de um direito. Esses critérios vão variar conforme as concepções do intérprete acerca do significante desses termos. As limitações jurídicas e fáticas referentes à afirmação de princípios não se confundem com as imprecisões linguísticas em torno das disposições normativas e dos problemas daí decorrentes de incerteza cognitiva a respeito do direito a se aplicar. Somente a análise comparativa de cada caso particular possibilita que se averigue o grau de dificuldade derivado da dubiedade semântica de um dispositivo ou da dúvida intelectual na determinação da norma a aplicar, quer seja um princípio, quer seja uma regra¹²⁰.

Por último, é errado distingui-los com base no critério valorativo, vez que valores não podem ser normas, mas antes norteiam o sistema jurídico quando incorporados a elas seletivamente, transformando a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programa) – o que também não exclui as regras¹²¹. Daí Habermas¹²² afirmar que o que se pondera são valores – preferências intersubjetivas compartilhadas – e não princípios, pois estes, enquanto normas, estão em uma dimensão de validade (deontológica) e não de valor (axiológica). Um julgamento pode resultar da ponderação de bens, mas jamais ser por ela fundamentado.

A incompreensão desses dois sistemas tem levado a um sincretismo metodológico sem precedentes no Brasil, cujas consequências não se restringem apenas ao plano teórico. A confusão entre o modelo dworkiano e alexyiano acarretou no abuso do uso de princípios como entidades jurídicas preferíveis às regras, capazes de alcançar as mais “nobres” aspirações de justiça no caso concreto. Mas os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos decorrentes da insuficiência das regras, levando a argumentação para um plano cada vez mais abstrato, a fim de legitimar preferências intelectuais do intérprete¹²³.

¹²⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 15-20. A propósito, essas considerações valem ainda mais para a discricionariedade em sentido estritamente técnico. Há regras discricionárias quanto ao exercício de um ato administrativo, estabelecendo um poder-faculdade, que concede expressamente amplo grau de discricionariedade aos respectivos agentes públicos, as quais são incompatíveis com a estrutura dos princípios.

¹²¹ *Ibid.*, p. 39-41.

¹²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316. Tal entendimento já se encontrava expresso na *Interessenjurisprudenz*, para qual a *Abwägung* se dava entre os interesses em conflito.

¹²³ STRECK, Hermenêutica jurídica..., p. 144.

Essa mixagem doutrinária é apenas um dos efeitos do ativismo brasileiro. Como chegamos até esse ponto?

4.1.1 Causas do ativismo no Judiciário brasileiro

O processo de redemocratização do País com a promulgação da Constituição de 1988, após o fim de um doloroso regime militar, foi um fator decisivo e impulsionador do ativismo judicial. Antes disso, os tribunais apresentavam uma postura notoriamente tímida em relação a temas políticos no Brasil. A nova Carta Magna, por sua vez, ampliou profundamente os direitos individuais e coletivos, trazendo para o bojo do texto constitucional matérias que antes eram tratadas em legislação ordinária.

Essa característica, típica de constituições analíticas, retira, de certa forma, uma matéria da política e traz para o direito ao incluí-la na Constituição, como um intuitivo de transferência do poder das instâncias tradicionais – Executivo e Legislativo – para juízes e tribunais. Decorre daí uma maior judicialização da vida e da política, na medida em que a disciplina de uma matéria em sede constitucional gera automaticamente uma expectativa de direitos na sociedade, a qual irá buscar a Justiça, se preciso for, para assegurar sua pretensão jurídica¹²⁴.

O sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, pelas vias incidental (controle difuso) e abstrata (controle concentrado), como também o extenso rol de legitimados para propor ações constitucionais (art. 103, CF), permitiu maior ingerência da judicatura nos atos praticados pelos Poderes Políticos. Ainda mais porque, em uma sociedade plural, é praticamente impossível que uma questão controversa seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os vencidos no processo político recorram à Suprema Corte para que dê a palavra final sobre o assunto com base na sua interpretação constitucional¹²⁵. Esses pressupostos constituíram terreno fértil para a construção de uma jurisprudência ativista no direito brasileiro.

Mas não é só isso. Diversos motivos explicam melhor a adoção de uma atitude ativista por parte dos tribunais brasileiros. Luís Roberto Barroso¹²⁶ aponta três prováveis causas para esse fenômeno:

¹²⁴ BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 24.

¹²⁵ SARMENTO, *op. cit.*, p. 239.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do país. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39. Cf. também SARMENTO, *op. cit.*, p. 254-255.

A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controversas, como o aborto e o direito dos homossexuais.

De fato, a deslegitimação das instâncias políticas pela sociedade, somado ao interesse dos parlamentares em esconder opiniões pessoais sobre questões polêmicas, são dois grandes fatores para a eclosão do ativismo judicial no Brasil. Se, por um lado, o sistema representativo está em crescente descrédito, devido à constatação pela população de que interesses corporativistas e fisiológicos prevalecem na política em detrimento do bem comum, por outro, os políticos não desejam tomar posições definitivas e inequívocas com relação a temas que podem significar uma massiva perda de votos, devido ao dissenso popular em torno da matéria – salvo nos casos de personalidades que se posicionam polemicamente como estratégia de conquistar um eleitorado cativo e fiel.

Além disso, a omissão do Legislativo em apontar uma direção precisa na regulamentação de matérias que clamam por uma solução jurídica definitiva, pelo conflito de interesses envolvidos, acaba gerando um clima de insegurança, ressoando na jurisdição como última instância de pacificação da divergência social. Como lembra Dimitri Dimoulis¹²⁷, é preciso considerar que, quando os poderes políticos perdem a legitimidade popular e mostram-se inertes perante os problemas sociais e a implementação dos mandamentos constitucionais, o Judiciário não atua como usurpador, mas simplesmente tenta preencher vazios normativos e oferecer respostas à população diante de tais omissões.

Também a ocorrência do fenômeno da legislação simbólica em uma ordem constitucional analítica, na qual a Carta Magna versa sobre assuntos que fogem da órbita tipicamente constitucional, gera uma expectativa de efetivação de direitos¹²⁸. A recente constitucionalização dos direitos sociais passa a exigir, pois, uma postura mais proativa da Justiça na concretização de programas e diretrizes constitucionais direcionados à Administração Pública, vindo as partes a clamar, em casos de omissão, pela substituição do papel do governante pelo juiz.

Sucedem que o pensamento segundo o qual o Judiciário tem uma função preponderante em face dos outros poderes, devido ao fato de a própria Constituição lhe atribuir a prerrogativa de dar a última interpretação do texto promulgado, deriva de um certo idealismo

¹²⁷ DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun., 2011, p. 224.

¹²⁸ Sobre o tema, cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

acerca da figura do juiz. Justifica-se tal postura expondo os vícios do processo político majoritário, em especial na descrença popular em relação aos parlamentares, ao passo que ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, como o corporativismo e o fisiologismo, típicos da classe política.

Quando a Justiça ascende por si mesma à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda e qualquer instituição estatal em uma forma de organização republicana. A partir desse protagonismo judicial, representa-se o ideal platônico do rei-filósofo, o governo dos sábios sobre os ignorantes, favorecendo uma “Judicocracia” ou “supremacia judicial” que assume uma postura explicitamente paternalista frente a uma sociedade infantilizada, que precisa de cuidados. Essa crença na predominância da interpretação jurisdicional tende a obscurecer o papel central das outras instâncias na definição do sentido da Constituição, notadamente o Legislativo, o Executivo e a própria sociedade civil, construindo uma visão romântica dos tribunais¹²⁹.

Tal mentalidade encontra seus primórdios no século XVIII com a Lei da Boa Razão (1769), do déspota esclarecido Marquês de Pombal, segundo a qual o Direito Romano somente poderia ser aplicado pelos juízes e advogados em casos de lacunas na lei, sendo necessário, para tanto, conferir se tal direito estava de acordo com a boa razão. O que significava “boa razão” e quando haveria uma lacuna na lei o legislador só o disse de forma vaga e imprecisa, abrindo o leque para um sem número de interpretações possíveis a partir dos significantes das palavras empregadas¹³⁰.

Com efeito, a impossibilidade de fiscalização dos atos da Corte Constitucional, ou de qualquer outro órgão equivalente, e o caráter definitivo de suas decisões não é um problema de menor importância para as repúblicas modernas. O pensamento democrático contemporâneo fundou-se em um movimento de desconcentração progressiva do poder, visando liquidar quaisquer traços autoritário e aristocrático de governo, de modo que qualquer inversão nesse sistema político resulta inevitavelmente em centralização. É o que acontece quando a prática do ativismo se difunde a partir do topo da judicatura, ao exceder suas funções de garantir e efetivar direitos e passar a promover toda sorte de mudanças no sistema normativo, conforme

¹²⁹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 259-260; MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP, n. 58, nov., 2000, p. 185-187.

¹³⁰ ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 36-37.

conveniências ideológicas, trazendo para si as prerrogativas de poder soberano e invertendo a titularidade do poder popular¹³¹.

De fato, além das instâncias de vigência (existência, validade e eficácia), a norma interpretada se reveste também de instâncias de valor, cuja justiça e legitimidade são imprescindíveis para a convivência social pacífica que se pretende garantir e aperfeiçoar. Todo preceito normativo decorre da utilidade do fato para a manutenção e progresso da vida social e da necessidade de sua regulamentação jurídica, a fim de que possa harmoniosamente penetrar no quadro no ordenamento jurídico. Por isso, a fundamentalidade da justiça deflui do fato sociológico de que, sem a anuência da sociedade, o texto tende ao ostracismo, isto é, à ineficácia. Não que todo direito injusto seja inválido. Bem diferente de afirmar que este direito não pode subsistir, é que efetivamente não deve prevalecer¹³².

O problema hermenêutico contemporâneo está justamente em como fazer com que cosmovisões divergentes convirjam sobre qual o valor do direito a ser aplicado no caso particular. Para a hermenêutica clássica ainda em voga, os atos de conhecimento, interpretação e aplicação se dão em etapas progressivas (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*), de onde primeiro se conhece, depois se interpreta, e somente então se aplica o direito. Assim, seria possível reproduzir inequivocamente o sentido contido na mensagem legislativa a partir do uso metuculoso da razão prática. Por outro lado, de acordo com a hermenêutica filosófica, esses processos coincidem simultaneamente, pois o sentido já está antecipado pela pré-compreensão, de modo que o método e a argumentação sempre chegam depois da compreensão: afinal, antes de argumentar, já se compreendeu. Aquela mentalidade anterior, senso comum teórico no imaginário jurídico nacional, será o principal alvo de uma crítica hermenêutica do direito, visto que a condição humana de estar-no-mundo forma um saber constitutivo ligado à particularidade do caso, agindo mediando em vez de conhecendo a realidade¹³³.

Se existe um consenso quanto a uma lei inconstitucional ser declarada nula, a pergunta “que é uma lei inconstitucional?” imediatamente se impõe. Como saber se uma lei é

¹³¹ BESERRA, *op. cit.*, p. 53. A interpretação definitiva e isolada realizada por um único órgão composto de juízes togados não difere, em essência, daquela preconizada por Schmitt, procedida pelo titular da vontade popular: o *Führer* – a diferença é que este último tem legitimidade diretamente democrática e aquele outro não. Sobre o tema, cf. SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193 *et seq.*

¹³² VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006, p. 18, 19, 244 e 251. Legitimidade, em sentido amplo, não deve ser entendida como a condição criada e imposta pelo Estado, porquanto ele mesmo, para impor-se como poder soberano, depende de legitimação.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 239, 242 e 252. Cf. também GADAMER, *loc. cit.*

efetivamente contrária à Constituição? A resposta, que parece por demasiado óbvia, fica bastante complicada quando se percebe que dificilmente há um consenso ou unanimidade em relação à inconstitucionalidade de uma lei, de sorte que, ainda que haja uma constitucionalidade dada objetivamente, os argumentos retoricamente empregados podem levar a um desfecho completamente diferente do real.

Pelo exposto até o momento, pode-se concluir que, quando o horizonte do texto se choca com o horizonte do intérprete, ocorre uma tensão entre ambos, notadamente quando se visualiza uma regra que se repute injusta ou imoral. E a simples exigência da fundamentação racional não é meio suficiente para inibir armadilhas retóricas daqueles que estão dispostos a criar um direito alternativo, em substituição ao vigente. Pois, como visto, a consciência intuitiva sempre buscará justificações teóricas para manter a unidade da opinião pré-estabelecida, sem perceber o que se passa no seu interior. Não se versa apenas sobre questões semânticas, restrita àquilo que Hart definiu como a “textura aberta do direito”, mas também pragmáticas.

O paradigma do direito contemporâneo, vale dizer, é pragmático, de matiz ideológico. É aqui onde o fenômeno principiológico surge como meio conveniente e também convincente para fundamentar decisões ativistas, as quais procuravam incessantemente por um *álibi* argumentativo.

4.1.2 As novas faces do ativismo judicial: rumo ao panprincipiologismo

Divergindo sutilmente de Alexy, Marcelo Neves¹³⁴ define princípios como soluções mediatas de questões jurídicas, sempre havendo entre aqueles e estas uma regra. Esta, ainda que seja metarregra, é razão definitiva para a decisão da lide, pouco importando a natureza do conflito jurídico. O significado funcional-estrutural disso é que os princípios operam sempre uma passagem da complexidade estruturável (determinável) para a complexidade estruturada (determinada) das regras, de modo que o fundamento definitivo da norma de decisão possa ser formulado ao final da cadeia concretizadora, completando o enunciado normativo.

Na sistemática do Estado Democrático de Direito, a complexidade desestruturada da comunidade, que implica em uma pluralidade de valores, interesses e expectativas normativas contraditórias e conflitantes, passa pelo crivo seletivo dos princípios, tornando-se complexidade ordenável. Com a determinação da regra a ser aplicada ao caso, essa complexidade passa a ser estruturada, possibilitando a subsunção do fato mediante uma norma

¹³⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 84-85, 103, 119 e 122-126.

individualizada. Os princípios são balizas às regras já existentes. Com isso, o uso de princípios leva sempre a uma observação de segunda ordem em relação ao caso a decidir, permanecendo na dimensão estrutural, sem oferecer critérios definitivos para sua solução.

A ligação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) é flexível, importando uma causalidade jurídica incompleta, no plano das expectativas normativas estabilizadas como normas jurídicas ainda, pois apenas à luz do princípio não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta. As regras, ao contrário, sempre permitem uma observação de primeira ordem do caso a decidir e da norma de decisão. Esquemáticamente, os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando a construção e reconstrução de regras, que, por sua vez, são razões imediatas para as sentenças, sendo condição de aplicação daqueles à solução dos casos específicos.

Humberto Ávila¹³⁵ chega à conclusão similar ao deslocar a diferenciação entre princípios e regras do campo da resolução de conflitos e da força normativa – que conduz à definição de princípios como normas carecedoras de ponderação, com eficácia provisória –, para o plano da justificação, levando à caracterização deles como normas prescritivas de fins a serem atingidos que servem de fundamento para complementação e aplicação de outras normas, quer em nível horizontal, quer em nível vertical.

Consequentemente, regras só serão legítimas enquanto encontrarem fundamento nos princípios norteadores da matéria em apreço – sejam de mesma hierarquia ou não –, fazendo com que o intérprete sempre busque a regra aplicável ao caso a partir do plexo principiológico existente, ou melhor, afaste a aplicação de uma regra em face de violação a ele. Assim, a utilização de normas que não expressam deveres definitivos permite uma maior flexibilização do direito em situações que regras levariam a soluções injusta ou imorais.

Ocorre que quando um órgão judicial decide dar uma sentença “justa”, ele somente o pode fazer aplicando uma norma geral que considere justa. Como essa norma não foi criada pelo Legislativo, o órgão chamado a descobrir o direito tem de proceder da mesma forma que um legislador ao, na formulação das ditas regras, ser orientado por um determinado ideal de justiça. A questão se volta então para a justificação de validade da norma individual (decisão jurídica) em face de uma norma superior pressuposta como justa¹³⁶. Tal fundamentação, atualmente, se dá recorrendo ao caráter *prima facie* dos princípios, que podem ser afastados no caso concreto sem a perda de sua validade.

¹³⁵ ÁVILA, *op. cit.*, p. 139.

¹³⁶ KELSEN, Teoria pura do direito, p. 280-281.

Nesse sentido, Lenio Streck¹³⁷ cunha o termo “panprincipiologismo” para se referir ao fenômeno jurídico no qual há o abuso no uso de princípios – especialmente aqueles deduzidos pela doutrina e jurisprudência – com a tendência de resolver todas as causas judiciais ignorando-se ou afastando regras específicas que disciplinem a matéria e aplicáveis ao caso, em favor de argumentações principialistas vagas e abstratas, não obstante dotadas de forte carga axiológica e poder de irradiação.

Essa postura tendente a fugir para abstrações principiológicas em detrimento da delimitação concreta dos contornos do caso por meio regras de acarreta invariavelmente no enfraquecimento da autonomia do direito, na medida em que parcela considerável dos princípios são transformados em discursos com pretensões de correção normativa e, conseqüentemente, num álibi argumentativo para decisões que ultrapassam (e muito) os próprios limites semânticos do texto jurídico. Fragiliza também a força de convencimento da decisão e dos respectivos argumentos, ao passo que deslegitima seus fundamentos e reduz a credibilidade da corte constitucional¹³⁸.

Um exemplo prático e curioso diz respeito ao julgamento do HC nº. 82.424, conhecido como “o caso do livro antisemita”. Ambos os Ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Ferreira Mendes utilizaram o método da proporcionalidade para analisar a colisão dos princípios “da liberdade de expressão” e “da dignidade do povo judeu” e chegaram a conclusões diametralmente opostas: o segundo defendendo a adequação das restrições impostas, compatíveis com a Constituição, enquanto o primeiro alegando a inconstitucionalidade de tais censuras, não abarcadas pela Lei Suprema¹³⁹.

Daniel Sarmiento aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana é, muitas vezes, “empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta,” igualmente o critério da razoabilidade “para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.”¹⁴⁰ Na mesma linha, Neves¹⁴¹ denuncia a tendência em transformar o “princípio da solidariedade” em uma solução mágica para todos os problemas constitucionais relevantes, encobrendo os particularismos mais diversos devido ao forte apelo

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 545. Para Eros Grau, princípios implícitos nada mais são do que resultados da interpretação, ou, na definição de Luís Pietro Sanchís, “conseqüentes interpretativos”. Estes, embora não taxativamente expressos, podem ser deduzidos a partir do texto. O intérprete nada positiva, mas os descobre, pois eles já estavam integrados ao sistema jurídico antes mesmo do processo interpretativo. Cf. GRAU, *op. cit.*, p. 102 e 106.

¹³⁸ NEVES, *op. cit.*, p. 214.

¹³⁹ GRAU, *op. cit.*, p. 33; NEVES, *op. cit.*, 214.

¹⁴⁰ SARMENTO, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴¹ NEVES, *op. cit.*, p. 219.

retórico que lhe é inerente. Acrescente-se ainda, o “princípio da felicidade”, o qual pode significar tudo: exceto que a parte vencida sairá feliz do processo.

Dito isso, percebe-se que o sopesamento implica sempre em um exercício duplamente discricionário: (i) em um primeiro momento, quando cria uma hierarquia axiológica entre os princípios em questão, do ponto de vista sócio-político; (ii) em um segundo momento, quando o julgador altera subjetivamente o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de uma outra controvérsia judicial a resolver¹⁴². Ou seja, a ponderação escapa do âmbito do juízo de legalidade para o de discricionariiedade. E essa substituição normativa por valores serve às fundamentações mais variadas, em uma mimetização grosseira da Jurisprudência dos Valores (*Wertungsjurisprudenz*).

Assim sintetiza o Ministro Eros Grau no voto-vista da ADPF nº. 101:

A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, exercício de *discricionariiedade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*¹⁴³.

Nessa toada, juízes inconformados com a ordem jurídica vigente poderiam utilizar princípios para afastar a incidência de regras legalmente constituídas, por razões morais ou político-ideológicas obscuras. V. g., um juiz adepto da criminologia crítica, de raiz marxista, que absolva réus em crimes de furto com base na convicção pessoal de que os delitos contra o patrimônio são justificáveis por se trataremos os autores, na verdade, de vítimas do sistema de exploração econômica, cuja criação de forças antagônicas conflitantes entre as classes promove a desigualdade social ao mesmo tempo que pressiona os indivíduos ao sucesso financeiro. A despeito de as leis penais não dizerem nada a respeito dessa hipótese de exclusão de ilicitude, provavelmente o magistrado recorrerá a princípios, tais quais da intervenção mínima do Direito Penal (*ultima ratio*), para fundamentar e justificar sua decisão, funcionando como mecanismo *ad hoc* de *abolitio criminis* com o objetivo de satisfazer concepções individuais de justiça.

A textura mais aberta de alguns princípios, com conteúdo pouco delimitado e forte carga axiológica, dá azo a uma sorte de elucubrações retóricas *ex post facto* para fundamentar decisões em que o intérprete nitidamente pretende transformar o direito no que julga ser o mais conveniente. Certamente essa conclusão seria diferente daquele juiz que tivesse cosmovisão

¹⁴² GRAU, *op. cit.*, p. 117-118.

¹⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101 - DF. Requerente: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 de junho de 2009, grifado no original, fls. 209.

diversa, demonstrando que a atribuição de sentido a um preceito normativo se dá muito mais no campo da pragmática do que da semântica. Como nota Theodore Heller: “Em cada ato de subsunção jurídica se dá imediatamente um juízo de valor na medida em que se considera a lei digna de ser aplicada na forma recebida.”¹⁴⁴ Isso porque a aplicação da norma nunca se esgota na subsunção dos fatos, mas sempre exige do aplicador uma valoração do texto¹⁴⁵. Em outras palavras, a procura pela solução adequada ao caso não é um juízo independente de valoração, isto é, objetivo, como um ato de conhecimento, mas sim uma expressão do entendimento do intérprete sobre qual direito deve ser aplicado; logo, subjetivo.

Quanto maior a abstração das teses jurídicas conflitantes e mais fortemente relacionadas à moralidade humana fica mais nítido perceber a influência de fatores emocionais na tomada de posição por meio da análise do caráter retórico dos argumentos apresentados, em nada obedecendo à lógica formal. Imaginar que indivíduos chegarão a uma mesma conclusão livremente se adotarem mecanismos puramente racionais de argumentação significa ignorar o processo cognitivo que precedeu a essa escolha. Ora, a existência de diversos cânones interpretativos é contrastada pela ausência de regras que organizem hierarquicamente o seu uso, de modo que a sua escolha se torna discricionária. Quando se escolhe dentre várias possibilidades jurídicas de solução do caso concreto, o método a ser aplicado resulta da escolha política do julgador, porque, dentro da moldura da norma, ele pode apontar em qualquer direção, a depender de suas preferências individual. Logo, qualquer teoria da argumentação jurídica que ignore a influência de fatores emotivos na formação do raciocínio, em prol de um modelo lógico-argumentativo, estará fadada ao fracasso.

Sucedem que um caso só é “fácil” ou “difícil” na medida em que os interesses em jogo, de algum modo, afetem o intérprete. Quando não existe qualquer dúvida quanto a qual direito aplicar por parte do julgador, é porque o fato em tela não lhe causa escusa de consciência, prescindindo uma cognição exaustiva da questão. Com isso, Dworkin¹⁴⁶ percebeu que a facilidade ou dificuldade de um caso corresponde à capacidade do intérprete em compreender ou não o fenômeno em discussão. Pois, não se fazem mais perguntas quando estamos satisfeitos com as respostas para quais nos propomos a responder, tampouco há dúvidas onde existe respostas prontas. A explicação para tal fato já foi suficientemente dada por Kahneman, haja

¹⁴⁴ HELLER, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, p. 59, *apud* ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25, nota de rodapé 44.

¹⁴⁵ Cf. LARENZ, *op. cit.*, p. 143 *et seq.*

¹⁴⁶ DWORKIN, O império do direito, p. 317. Manuel Atienza fala ainda em “casos trágicos”, nos quais não há uma solução possível que não viole o ordenamento jurídico. Cf. ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable en el derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 9, n. 27, set./dez., 1989, p. 101-104.

vista que o nosso sistema cognitivo é preguiçoso para efetuar raciocínios lentos e cansativos, preferindo o conforto das respostas rápidas e intuitivas para questões de difíceis respostas, rejeitando eventuais incongruências teóricas definidas com base em pré-conceitos individuais.

Decidir qual interesse merece prevalecer dentro de uma situação jurídica significa apelar para juízos de valor, na medida em que se esteja menos ou mais comprometido com a causa. Nas palavras de Esser, a princípio, “o teor literal de uma norma jurídica (leia-se: texto jurídico) somente é ‘claro’ quando o resultado obtido não for agressivo ou ofensivo.”¹⁴⁷ Ou seja, um caso não é fácil ou difícil em si mesmo, objetivamente, ou melhor, semanticamente, mas sempre intersubjetivamente, isto é, pragmaticamente. Não é a imprecisão ou ambiguidade das palavras extraídas da lei que torna difícil a solução de uma lide, mas a tensão ocasionada pelo choque entre as ideologias do texto e do intérprete. É claro que se o legislador optou por palavras obscuras ou atécnicas, isso dificultará o trabalho do julgador. Porém, isso não significa que o tornará “difícil”, mas tão somente mais trabalhoso.

Dito de outro modo, a flexibilização do direito se dá sempre que o intérprete se depara com um enunciado normativo que considere injusto ou imoral. Sempre porque é justamente na aversão que o contato com o horizonte do texto lhe causa que a mente racionaliza uma forma de fundamentar uma decisão que afaste a aplicação do comando expresso. Seja pela criação de uma regra de exceção, seja pela utilização de princípios, seja pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, a consciência do julgador primeiro valora o conteúdo da lei para depois decidir se aplicará o direito tal qual estava previsto ou não. É nesta tensão pragmática que se poderá inquirir se o ato de decidir ocorre antes conforme o pré-juízo do julgador do que a partir do texto por si mesmo, sendo a argumentação jurídica, longe de uma fonte legitimadora da decisão jurídica, mera ferramenta para fundamentar um posicionamento previamente tomado. Em síntese, toda interpretação é não apenas semântica, mas também pragmática, de modo que a dificuldade da causa residirá justamente nesta última, na relação entre a lei e a consciência do juiz.

Nesse ponto reside o problema fundamental de uma teoria da decisão judicial, qual seja, o reconhecimento de que os seres humanos são constantemente influenciados pelo meio no qual estão inseridos, de modo que qualquer tentativa de justificação de um ato judicial precede de uma investigação das emoções humanas. É dizer, a investigação dos fatores psicobiológicos determinantes na tomada de uma decisão é questão prévia e prejudicial à elaboração de qualquer técnica de interpretação jurídica. Sem o conhecimento dos mecanismos

¹⁴⁷ ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, p. 175, *apud* ALEXY, *loc cit.*

retóricos de argumentação, o debate jurídico se torna mera formalidade para disputas ideológicas, alheias a qualquer sentido atribuído à lei pelas partes em litígio, profissionais do direito e opinião pública, os três auditórios para os quais a decisão judicial aceitável destina-se a satisfazer, segundo Perelman¹⁴⁸.

Como ciência discursiva, o direito tem o livre confronto de ideias como principal palco da disputa jurídica, a fim de convencer o juiz de que faz jus a algo. Esse discurso se dirige não ao convencimento da outra parte, muito menos da universalidade de pessoas – auditório próprio dos filósofos –, mas tão somente do julgador investido da função de decidir definitivamente a questão. Daí que o discurso visa precipuamente persuadir do que confrontar ou demonstrar teses, sendo a fundamentação lógico-racional dispensável para os advogados, na medida em que podem apelar para expedientes emocionais de assimilação ou convencimento. Em se tratando do juiz, embora haja o dever de fundamentar a decisão, nada impede que o intérprete busque uma argumentação plausível capaz de justificar uma escolha preliminar. Sábio, pois, o jargão popular segundo o qual “a lei que nega é a mesma que concede”.

Se o discurso jurídico se dirige a um público, esses espectadores esperam uma decisão justa e razoável, aceitável pela maioria, conforme o direito vigente, com o fim de garantir maior segurança jurídica e previsibilidade do resultado dos processos em curso e futuros. O julgador não pode permanecer indiferente em relação às crenças daquele em cujo nome pronuncia o direito, quem seja, o povo. Não que os juízes devam unicamente escutar a “voz do povo” (*vox populi*) no momento do julgamento, ou ceder às exigências de grupos de pressão, mas que a decisão jurídica terá um impacto na vida real de pessoas, sendo fundamental avaliar as consequências de um julgado que poderá influenciar profundamente o comportamento dos indivíduos.

A sociedade não pode ser precipitadamente excluída da atribuição de sentido ao texto jurídico – que foi feita para ela por meio de seus representantes legalmente instituídos – sob o fundamento de que sua “vontade” é desconhecida. Embora duvidosa, diversas vezes é possível saber em qual posição se encontra a opinião pública. O que é inadmissível é usar a vontade geral como argumento retórico a depender dos interesses do interlocutor, sem pretensão de universalidade, ora advogando o respeito a *volonté générale*, ora proclamando os riscos da “ditadura da maioria” para grupos minoritários.

¹⁴⁸ PERELMAN, Lógica jurídica, p. 238. Contra as opiniões amplamente conhecidas, cf. ALEXY, Teoria da argumentação jurídica, p. 26-27.

Como observa Peter Habërle¹⁴⁹, o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade, sendo errôneo reconhecer as influências, expectativas e obrigações sociais a que estão submetidos apenas sob o aspecto da ameaça a sua independência funcional. Tais fatores contêm também uma parte de legitimação pluralista e evitam o livre-arbítrio da interpretação judicial, pois sua independência só é tolerável na proporção em que outras funções estatais fornecem subsídio para o império da lei. Desse modo, defender um controle social das sentenças judiciais não significa atentar contra a independência dos magistrados, mas apenas lembrá-los da consequência de suas decisões.

Confiante na cultura de vinculação à lei e aos precedentes judiciais, Karl Larenz¹⁵⁰ toma senão com cautela as ponderações de Esser quanto à antecipação do resultado processual pelo julgador, acreditando que, embora ninguém esteja imune a pré-juízos, estes não seriam uma barreira absoluta e intransponível, mas cuja superação se dá mediante um autoexame permanente e uma preocupação constante com “a questão em si mesma”. Na mesma linha, Hart¹⁵¹ assevera que, embora algumas decisões possam ser frutos de um fingimento *ex post facto*, no qual o intérprete primeiramente decide de forma intuitiva para somente então fundamentar sua escolha com base no catálogo de regras jurídicas aplicáveis ao caso, é claramente evidente que, na maioria das vezes, as sentenças são obtidas ou a partir de um esforço cognitivo genuíno de obediência às regras preexistentes, tomadas conscientemente como padrões orientadores da decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha antecipadamente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecido de forma geral.

Ocorre, porém, que, quando a pré-compreensão põe em marcha não só o processo compreensivo, no qual se encontra a solução adequada, como também o dirige até o fim, passando pela escolha do método de interpretação à construção de uma “convicção de justeza”, cuja base está assentada nos preconceitos do indivíduo, acumulados ao longo de sua experiência profissional e dogmática do direito, é difícil crer que o intérprete saberá distinguir perfeitamente as concepções produtivas das opiniões improdutivas. Pressupor que todos os juízes estão preparados hermeneuticamente para proceder com esses exames de consciência não condiz com a experiência empírica. Pelo contrário, a psicologia jurídica aponta que o magistrado decide inicialmente de modo instintivo, movido por seu senso de equidade e oportunidade, somente

¹⁴⁹ HABËRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 31-32.

¹⁵⁰ LARENZ, *op. cit.*, p. 247-248.

¹⁵¹ HART, *op. cit.*, p. 182 e 189.

em seguida acomodando formalmente sua opinião ao texto legislativo¹⁵². Isso não quer dizer que seja impossível substituí-lo, mas que exige um esforço árduo, talvez menos provável do que supunham Larenz e Hart.

Se, por um lado, decisões intuitivas relevantes representam uma fração mínima da totalidade de sentenças judiciais, por outro, elas geralmente estão associadas a valores de elevado interesse político-moral, cujo teor pode provocar mudanças estruturais e significativas na sociedade, sem que a questão tenha sequer sido ainda discutida pelas instituições tipicamente democráticas de poder. Por isso é irrelevante considerar o caráter unicamente quantitativo dessas decisões em face de sua importância qualitativa para a comunidade. Mudanças jurisprudenciais sobre o entendimento de substâncias psicotrópicas, novas entidades familiares, aborto, etc., podem alterar toda uma estrutura organizacional e cultural de uma sociedade de cima para baixo, modificando o peso dos valores dados pelos cidadãos de um modo geral sem que lhes seja antes concedida a opinião, em um processo subversivo nitidamente vertical.

Aqui está o furo do paralelo hartiano entre o árbitro do jogo de críquete e o magistrado: enquanto, no esporte, um erro não alcança, a princípio, o comportamento humano, no direito, afeta-o substancialmente. Com isso, pouco importa se uma única decisão tenha sido tomada de forma intuitiva, pois o relevante é o seu conteúdo e, por consequência, o impacto gerado na vida das pessoas. E se o julgador apenas procura argumentos idôneos a fim de legitimar uma posição prévia, está decretada a morte do direito. Para tanto, é necessário analisar o fundamento das decisões judiciais e como os tribunais têm interpretado o direito, se em consonância com o auditório universal ou com as tendências particulares de cada julgador.

4.2 Jurisdição constitucional: precedentes do Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte do País desponta como parâmetro satisfatório para a análise de decisões judiciais em que há marcantes conflitos, no campo pragmático, entre a literalidade da lei e a subjetividade do intérprete. Espera-se que os ministros do STF tenham maior expertise jurídica do que os magistrados das instâncias inferiores, em face do requisito constitucional do notório saber jurídico para a nomeação ao cargo. Além disso, pelo fato de ser o Tribunal responsável por dar a última interpretação do texto constitucional, basicamente todas as demandas com forte repercussão na sociedade serão, de uma forma ou de outra, resolvidas definitivamente pela Corte.

¹⁵² VILLEY, *op. cit.*, p. 399.

Para isso, é preciso selecionar causas as quais envolvam acirrados debates jurídicos que dividam a opinião pública em torno delas. Cinco temas podem ser considerados extremamente controversos, tanto por causa da sua relevância sócio-política quanto pela longa controvérsia entre juristas: pesquisa com células-troncos, aborto, equiparação dos regimes sucessórios, união homoafetiva e cumprimento provisório da pena. Como um deles ainda aguarda posicionamento definitivo, será tocado senão de forma tangente no presente estudo.

Quando foi julgada a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510, que versava sobre a possibilidade de pesquisas científicas e uso terapêutico de células-tronco no Brasil, com o advento da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), a ementa do acórdão trouxe que, havendo três realidades distintas, “o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.” Assim, não havia que se falar em guarida constitucional para a proteção do direito à vida no caso sob exame.

Ocorre, porém, que essa argumentação fundacional padece de sustentação lógica. Segundo Aristóteles¹⁵³, algo que não é em ato, não pode vir a ser em potência. Se o embrião não é pessoa humana, ele jamais poderá ser uma, porque só posso ser humano em ato, jamais em potência. Há um equívoco terminologia patente, porquanto “pessoa humana” foi utilizada como significando vida humana extrauterina, enquanto, na realidade, deveria se referir à espécie *homo sapiens*. Um embrião, um feto, um bebê, uma criança, um adolescente, são todas pessoas humanas, conquanto estejam em estágios de desenvolvimento biológico diferentes. Logo, o embrião não pode ser “pessoa humana” em potência, mas sempre um adulto ou idoso em potencial, posto que já é humano em ato. Pois, se o processo biológico ocorrer naturalmente, o zigoto invariavelmente se desenvolverá para um feto, depois um bebê, após uma criança, e assim por diante, sucessivamente.

Esse julgamento se torna ainda mais problemático por criar uma falsa dicotomia entre progressismo científico e obscurantismo religiosos. A separação dualista de pensamentos em grupos aparentemente homogêneos, defensores da ciência livre contra dogmas da religião, permite a simplificação da realidade com a exclusão de ideias tidas como ultrapassadas. Aí reside a divisão criada entre as teorias “natalista” e “conceptivas” de quando se inicia a vida. Esse tipo de ardil faz com que certos argumentos sejam peremptoriamente desprezados por serem tachados de “reacionários”, ganhando uma conotação negativa e repulsiva antes mesmo de serem apresentados, o que impossibilita qualquer forma de convencimento da plateia.

¹⁵³ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2012, p. 401-405.

Não se trata de apologética religiosa, mas de demonstração de que argumentos lógicos foram rejeitados pelos membros do tribunal – à exceção do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o único que parece ter se atentado para o sofisma dos colegas, violador da metafísica aristotélica. Potencialidade não significa capacidade de mudar de substância (transubstanciar-se), mas de desenvolver-se conforme sua natureza. Os conceitos de potência e ato são, portanto, indissociável, não podendo ser compreendidos separadamente.

Embora a decisão não possa ser considerada propriamente ativista, porquanto reconhece a constitucionalidade de lei aprovada pelo Congresso Nacional em matéria não minuciosamente disciplinada pela Constituição Federal, mostra-se que os tribunais, inclusive os superiores, não estão imunes a falhas na argumentação jurídica. O cerne do problema está, sobretudo, na linha de raciocínio adotada e na forma como a fundamentação foi regida, criando premissas para interpretações alternativas daí decorrentes.

Se quiserem, pois, permanecer coerentes, os ministros terão que inevitavelmente fazer uma interpretação “conforme a Constituição” para entender pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto, desde a concepção, nos termos do Código Penal Brasileiro. De fato, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, ainda a ser julgada, pode até ter um desfecho diverso, porém isso demonstraria como os argumentos utilizados na causa anterior não têm qualquer pretensão de universalidade, a fim de serem igualmente válidos em situações similares, mas tão somente estão à disposição das conveniências do intérprete.

Sobre o tema, inclusive, o Ministro Luís Roberto Barroso antecipou o voto no HC nº. 124.306, fugindo do objeto do remédio constitucional – qual seja, a liberdade de locomoção do paciente – ao defender, em um marcante paralelo com o *leading case* americano *Roe v. Wade*, a incompatibilidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gravidez com diversos direitos fundamentais, dentre eles: os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o “princípio” da igualdade.

Outro precedente digno de nota diz respeito à equiparação dos regimes sucessórios da união estável ao casamento, quando foi declarada, nos autos do Recurso Extraordinário nº. 646.721, a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da discriminação prevista no art. 1.790 do Código Civil. Com base no entendimento de que o art. 226, § 3º, da Carta Magna, vedaria qualquer distinção entre os diferentes núcleos familiares, a aplicação do regime estabelecido no art. 1.829 do CC/02 para ambas as hipóteses seria medida impositiva. O Ministro Relator Barroso deu provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, por violação à igualdade entre as famílias, aos “princípios” da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente.

Acontece que o citado dispositivo constitucional não trata da impossibilidade de tratamento diferenciado entre os dois institutos jurídicos, sequer diz que há igualdade entre eles, mas apenas enuncia que deve *a lei facilitar sua conversão em casamento*. É que foi construída uma doutrina por parte de alguns civilistas no sentido de que a Constituição teria equiparado ambos os institutos, embora da exegese do texto não seja possível extrair de modo algum tal conclusão. É tanto que foi preciso o Conselho da Justiça Federal, na VIII Jornada de Direito Civil, aprovar um enunciado para reforçar que o referido julgado não equiparou a união estável ao casamento em todos os aspectos civis¹⁵⁴.

No caso em tela, a companheira supérstite, sentindo-se injustiçada por receber uma fração da herança inferior a um parente do falecido, nos termos do artigo impugnado, procurou o Judiciário para que o seu clamor por justiça fosse atendido. No entanto, as partes tiveram a oportunidade de converter a união em casamento durante todo o tempo de relacionamento, para adentrar em um regime hereditário mais vantajoso para o parceiro sobrevivente. Caberia ao julgador, na falta de formalização do estado civil, substituir o legislador no que julga ser o mais conveniente para uma parte? Aliás, a opção adotada pelo legislador ordinário – que já discutiu a questão em plenário – diverge do sentido impresso pela Corte, conforme se extrai dos debates parlamentares de redação do projeto de lei¹⁵⁵.

Em julgado sobre esse tópico, o Ministro Dias Toffoli¹⁵⁶ reportou o fato de que a igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a subversão da autonomia da vontade daqueles que optaram pela relação informal, sob pena de descaracterizar o próprio instituto, exatamente porque não pretenderam se submeter à formalidade do casamento nem às suas regras específicas. Os variados regimes sucessórios foram estabelecidos pelo legislador infraconstitucional com o escopo de propiciar aos nubentes e concubinos diversas opções para a organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais. Quando o Judiciário invalida essa sistemática, para satisfazer concepções particulares de justiça, ele está aniquilando a vontade legislativa – não somente no seu sentido histórico, mas atual, em que a regra é obedecida e assimilada pelos outros juízes e cidadãos.

¹⁵⁴ “A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.” Enunciado aprovado em 24 de abril de 2018.

¹⁵⁵ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória legislativa do Código Civil**: tramitação na Câmara dos Deputados: segundo turno. Vol. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 72-74.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694 - MG. Recorrente: Maria de Fatima Ventura. Advogado: Monique de Ladeira e Thomazinho e outro. Recorrida: Rubens Coimbra Pereira e outro. Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de maio de 2017, fls. 106-107.

Curioso também o caso referente à execução provisória da pena. O julgamento é pautado em definir o alcance do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. À primeira vista, qualquer tentativa de cumprimento da pena antes de transitar em julgado a sentença criminal seria uma clara afronta a essa regra constitucional. Afinal, como poderia alguém não ser definitivamente culpado e começar a cumprir pena? Há quem defenda que esse dispositivo trata de uma não-culpabilidade, e não de uma presunção de inocência. De todo modo, se alguém ainda não é considerado culpado, não poderia ser previamente punido – diferentemente do fundamento autorizador da prisão cautelar, baseada nos riscos à sociedade e ao resultado útil do processo.

Esse impasse só pode ser resolvido a partir da transcendência de uma interpretação meramente literal e isolada por uma teleológica e sistemática do texto. A jurisprudência nacional sempre foi no sentido de que, após a condenação em segunda instância, já poder-se-ia dar início ao cumprimento da pena, em vista do fato de que os recursos para os tribunais superiores não têm efeito suspensivo e visam tão somente a analisar questões legais, e não de caráter probatório ou fático. Tampouco visava o constituinte originário significar o dispositivo como uma presunção de inocência absoluta – a qual vedaria a prisão até que se esgotassem todos os recursos judiciais cabíveis –, por causa da inequívoca tradição jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema, que sequer foi rediscutida após a promulgação da Carta de 88. Até fevereiro de 2009, quando essa tese foi levantada no julgamento do HC nº. 84.078/MG e se consagrou vencedora. Somente aí a jurisprudência do STF foi alterada, passando a albergar o sentido literal do texto constitucional como adequado.

Contudo, em 2016, a Corte voltou atrás para o seu entendimento histórico no HC nº. 126.292/SP, permitindo a execução antecipada da pena a partir da condenação em segunda instância. Mas não é necessário recorrer a qualquer ativismo para chegar a essa conclusão. Por uma interpretação restritiva das palavras, nitidamente o constituinte não quis dizer, ao enunciar que a culpa necessita de sentença transitada em julgado, ser incabível a prisão provisória do condenado após a confirmação em segunda instância. Nem a Convenção Interamericano de Direitos Humanos traz direito tão robusto, exigindo o referendo da Suprema Corte para dar início à execução da pena, tampouco a experiência histórica das democracias modernas veda o cumprimento da sanção penal após o respeito ao duplo grau de jurisdição¹⁵⁷. Seria estranho,

¹⁵⁷ Para um estudo de direito comparado sobre o tema, cf. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal

pois, adotar um entendimento tão garantista e singular mundialmente. A própria população é majoritariamente favorável a essa interpretação constitucional, sobretudo pela sensação de impunidade, ineficiência judiciária e níveis de criminalidade alarmantes no País.

Sucedo que, se na causa anterior a literalidade do enunciado constitucional nos levava a uma conclusão diversa da encontrada pelo Supremo, na seguinte, vai acontecer a mesma coisa, sendo que com resultado inverso. E mais, enquanto na questão anterior a interpretação literal ganhava aplausos dos setores mais progressistas da sociedade e revolta dos meios mais conservadores, neste caso, acontece exatamente o oposto.

Tudo começa no julgamento de improcedência da ADPF nº 178, objetivando a garantia dos mesmos direitos legados aos casais heterossexuais pelo reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. A ação pretendia, inicialmente, reconhecer a omissão do Poder Legislativo em regulamentar o direito de uniões homossexuais. No entanto, a própria Constituição, no seu art. 226, § 3º, aponta para outra direção, ao determinar como dever do Estado a proteção da união entre o homem e a mulher, não havendo qualquer omissão por parte do constituinte originário, já que optou por não incluir aquelas nesse gênero¹⁵⁸.

Posteriormente, na ADPF 4277, o Supremo reconheceu que o dispositivo 1.723 do Código Civil estava em desacordo com o artigo acima citado da Constituição, sendo necessário o uso da técnica da “interpretação conforme” (ou “não-reducionista”) para que o artigo civilista não vedasse o reconhecimento de uma nova entidade familiar, qual seja, a união homoafetiva, em virtude de o texto constitucional não emprestar ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou técnico-jurídico. A família, então, segundo o tribunal, seria como uma categoria sócio-cultural de “princípio” espiritual, norteadas pelo direito à autonomia da vontade, à autoestima, à busca da felicidade e à liberdade sexual.

Ocorre, porém, de igual modo, que a exegese do texto constitucional não permite de forma alguma extrair essa conclusão. Da literalidade das palavras não exsurge, em momento algum, qualquer proibição à discriminação de tratamento jurídico em razão da sexualidade. Não há, pelo menos aparentemente, a possibilidade de extensão do conteúdo semântico dos textos normativos às pessoas do mesmo sexo¹⁵⁹. A dignidade humana como direito fundamental veda, de fato, quaisquer ofensas discriminatórias em função da condição da pessoa, mas daí não decorre que a Constituição tenha proibido regimes jurídicos diferenciados para situações civis

Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: PELELLA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas (org.). **Garantismo penal integral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 461-475.

¹⁵⁸ STRECK, Jurisdição constitucional..., p. 288-289.

¹⁵⁹ JORGE NETO, *op. cit.*, p. 68-69.

distintas. Ora, se de um lado existe uma situação jurídica carente de regulamentação, de outro não há proibição legal da prática de qualquer comportamento sexual – o que certamente violaria a liberdade humana. Por isso, o Supremo foi ativista tanto por violar o texto constitucional, ao dar um sentido duvidosamente aceito pela comunidade política, quanto por usar uma argumentação contrária a Constituição – a não ser que se entenda, com Otto Bachof, pela possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais.

Como vimos, reconhecer que uma decisão é ativista não significa valorá-la negativa ou positivamente, mas tão somente constatar que ela busca justificação fora da lei, isto é, do ordenamento jurídico. Mal algum haveria na sentença que visasse tão somente reafirmar o respeito aos valores de um povo, ainda que fosse preciso contrariar a lei, haja vista que o juízo de valor sobre a adequação da decisão judicial está na conformidade dos fatos com a realidade histórica da comunidade presente. É dizer, o termômetro para avaliar o grau de correção de uma sentença jurídica está na sua recepção pela sociedade, pelos litigantes e pela comunidade jurídica, os três auditórios do direito. E por que é assim? Porque a reiterada letargia do Legislativo em atualizar regras jurídicas evidentemente anacrônicas não pode importar no prejuízo de direitos que seriam legítimos se o órgão legiferante tivesse a eficiência de regular a situação prontamente. Sem falar nos casos lacunosos.

De fato, o processo legislativo é moroso e requer comumente tempo para alcançar uma posição definitiva sobre a matéria. Entrementes, o impasse jurídico não pode caracterizar uma situação de incerteza para os cidadãos. Um exemplo memorável é quanto a aplicação analógica da greve dos empregados privados para os servidores públicos até que legislação superveniente venha regulamentar a matéria, no julgado conjunto de Mandados de Injunção. Difícil negar que houve criação do direito aqui. Isso não significar dizer que o Judiciário tenha amplo poder para legislar *ab initio* quando bem entender, mas que, enquanto não vier uma resposta definitiva do Parlamento sobre uma questão em disputa, os tribunais podem – respeitando, frise-se, a legitimidade vinda dos auditórios –, regulamentar a matéria, ainda que para isso seja preciso desrespeitar a literalidade do texto.

Sucedem, entretanto, que no caso da união homossexual esse último requisito não estava preenchido. A sociedade não é de modo algum uníssona a respeito do tema. Muito menos os legisladores. Para que haja o fenômeno da mutação constitucional, é indispensável antes uma modificação orgânica no seio da sociedade, e não uma alteração vertical e artificial de seus valores. Os cidadãos mesmos precisariam ter assimilado e incorporado esses novos conceitos, ou os termos terem sido ressignificados pela comunidade falante, o que parece incerto. Como, então, conciliar uma situação carente de regulamentação?

Uma opção seria reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, violando a literalidade do enunciado civilista; negando, contudo, a possibilidade de conversão em casamento, em virtude do intrínseco matiz religioso desse instituto ainda reinante no País – o que, *in casu*, foi ignorado pelo STF. Eventualmente, caberia ao Congresso, em parceria com a sociedade civil, decidir sobre a pertinência de sua extensão aos relacionamentos homoafetivos. Toda essa cautela porque uma alteração jurídica desse porte não pode ser feita solapando as instâncias democráticas de poder, em prol de uma de retórica dos direitos fundamentais – que exigira, aliás, para ser justa, um “direito fundamental ao casamento” violado.

Embora o resultado adotado pelo Tribunal possa até ser sustentado, é certo que a fundamentação vencedora, em vez de promover o diálogo institucional e reconhecer o uso de uma interpretação contrária à Constituição, tendeu a absolutizar a Corte como única porta-voz da Lei Fundamental e a flertar com o ativismo de ocasião, dependente da conjuntura ideológica de seus julgadores, ao criar um conceito de família deveras suspeito. Os órgãos máximos do Judiciário têm que levar em conta as consequências das premissas eleitas para fundamentar suas decisões. Uma mudança jurisprudencial que implica repensar todo o Direito de Família não pode ser prolatada como “vontade de poder”, contrária aos costumes e tradições de um povo, isto é, ao arripio das instâncias inautênticas de interpretações: as partes, a comunidade jurídica e a sociedade; ou, no dizer de Gadamer, a *autoridade da tradição*.

Pari passu, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº. 175/2013, agiu em excesso de poder ao obrigar os cartórios a converter essas uniões estáveis em casamento, indo além da decisão do Supremo sobre a questão – conquanto, ressalte-se, siga seus pressupostos. Inconsequentemente, não terá restrições para legitimar a união poligâmica (ou “poliamor”).

Feita essa sumária análise, importa observar que em nenhuma dessas decisões foi invocada uma teoria hermenêutica ou escola de interpretação como fundamento jurídico. A argumentação jurídica, pelo contrário, se dá de maneira bastante fluída e dinâmica, sem se preocupar, grande parte das vezes, na justificação com base em fórmulas interpretativas¹⁶⁰. Se, no plano teórico, o uso desses métodos pode parecer atraente como eficiente mecanismo racional de controle das decisões judiciais, do ponto de vista prático, é difícil crer que os juízes se submeterão rigorosamente a eles na apreciação de cada processo em particular. Ademais, fica claro como os cânones podem ser usados tanto para sustentar uma posição ou outra, independentemente do conteúdo dos argumentos utilizados, sem qualquer rigor metodológico.

¹⁶⁰ JORGE NETO, *op. cit.*, p. 74-75.

4.3 Os erros de uma argumentação jurídica, ou o mal de Narciso

Não obstante as regras sejam atualmente insuficientes para fundamentar as decisões judiciais, a utilização de princípios visando justificar posições previamente tomadas, no cenário brasileiro, em vez de promover a integridade e coesão do ordenamento jurídico, fere o âmago do Estado Democrático de Direito. Esse fascínio pela abertura textual que o principiologismo proporciona estimula o abuso do direito pelos próprios intérpretes, os quais passam a se comprometer intelectualmente mais com suas ideologias, tendendo a encobrir sua idiossincrasia sob o manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados.

O que se observa na prática jurídica nacional são ponderações *ad hoc*, dependentes da constelação concreta de interesses envolvido em cada tópico, sem perspectiva de longo prazo na construção de precedentes judiciais firmes, os quais possam servir na solução de casos futuros. Em vez de ser uma exceção, atuando como técnica argumentativa para reduzir o “valor surpresa” da decisão em controvérsias constitucionais complexas, o sopesamento se tornou um meio de acomodação de fontes de poder circundantes à margem do Estado de Direito, sob o manto retórico de princípios, enfraquecendo, por consequência, os preceitos democráticos e a força normativa da Constituição.

A invalidação de regras com base em critérios particularistas do intérprete inverte o normal curso da fundamentação jurídica, que deveria partir da compreensão do texto à resposta mais adequada, para transformar-se em puro voluntarismo. Além de implicar em um modelo simplificador do fenômeno jurídico e de suas consequências, a invocação de princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros serve para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à vontade popular, sempre em nome da promoção de direitos sociais e do bem-estar geral¹⁶¹. Dito de outro modo, os princípios despontam como mecanismo eficiente para encobrir opiniões prévias dos magistrados, legitimando um discurso que visa tão somente a promover uma agenda político-ideológica do intérprete.

Um modelo de argumentação *ad hoc* se presta muito mais a decisões em torno de preferências particulares de indivíduos e grupos do que a uma fundamentação normativa no plano constitucional de uma sociedade hipercomplexa, na qual os referenciais teóricos e valorativos variam imensamente a depender dos sujeitos envolvidos. Afastar regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, com várias leituras possíveis

¹⁶¹ NEVES, *op. cit.*, p. 196, 213 e 220.

do texto normativo, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares do que a dar força normativa à Constituição. Chegaríamos a um modelo em que o critério direto e definitivo (regra) seria sempre afastável *ex post facto* pelo critério mediato de solução do caso (princípio), levando à inconsistência da ordem jurídica, diluída pelo contexto social com base em um substantivismo principiológico desastroso¹⁶².

No Brasil, comumente se traça um paralelo entre a legitimação do ativismo judicial e o posicionamento social progressista, de modo que quem ouse questionar eventuais exageros na judicialização da política e da vida brasileira é imediatamente rotulado de “conservador”, “reacionário” ou “legalista”. Todavia, esse paralelismo não tem razão de ser, visto que uma jurisdição ativista pode também atuar bloqueando mudanças sociais promovidas por outros poderes, favorecendo o *status quo*. E esta defesa pode acontecer inclusive por meio do uso da retórica dos direitos fundamentais. Isso se deu, por exemplo, na Era de Lochner, quando a Suprema Corte norte-americana impediu sistematicamente a edição de leis trabalhista de cunho social e de outras medidas intervencionista na esfera econômica em prol das classes desfavorecidas, com fundamento em uma leitura formalista da cláusula do devido processo legal e do liberalismo econômico (*laissez-faire*)¹⁶³.

A verdade é que os resultados das decisões ativistas são celebrados somente na proporção em que se conformam às matrizes ideológicas predominantes no discurso jurídico. Em contrapartida, quando a interpretação do texto legal ocorre no sentido oposto, há uma reação pontual da comunidade jurídica em censurar esse tipo de prática nos órgãos judiciais. Em outras palavras, o ativismo judicial é atraente apenas na medida em que corrobora as causas nas quais decidiu-se abraçar. Entretanto, a partir do momento em que as rechaçamos, essa postura se torna imediatamente inconveniente e repugnante, digna de censura.

Quando juízes tomam as vezes de legislador, e ainda mais de engenheiros sociais, como queria o decano Pound, os resultados podem ser catastróficos para a sociedade, que é utilizada como cobaia nesse jogo de poderes. Como o canto da Sereia, que por sua beleza atrai navegantes desavisados à morte, de igual modo o ativismo, por sua eloquente promessa de alcançar resultados supostamente úteis, inverte a lógica formal e material do Direito, destruindo o fundamento democrático sob o qual a sociedade moderna se assenta.

Essa filosofia nega a separação entre os conteúdos normativos e os valores e interesses sociais extrajurídicos, levando a um subjetivismo que não diferencia entre opiniões

¹⁶² NEVES, *op. cit.*, p. 191, 192 e 218.

¹⁶³ SARMENTO, *op. cit.*, p. 259. Vale ressaltar que a posição do autor sobre a postura da Corte é problemática, porque encerra uma preferência ideológica de determinada política econômica em detrimento de outra.

peçoais, demandas sociais, imperativos morais e ordenamento jurídico¹⁶⁴. Ao fim, ninguém será capaz de prever qual “espírito do tempo” inclinará as preferências dos magistrados no futuro, destruindo qualquer segurança jurídica, vista como estrutura crucial dentro da qual os membros da sociedade podem planejar suas ações com certa previsibilidade das sentenças judiciais, e deixando até mesmo as leis mais claras cercadas por uma neblina de incertezas a fomentar uma crescente de litígios¹⁶⁵.

Daí a problemática figura do juiz Hércules idealizada por Dworkin, que deve decidir com fundamento em princípios gerais da comunidade política, de dimensões morais, os quais, por terem sido construídos e consolidados ao longo dos tempos pelos tribunais, estarão menos sujeitos à aplicação discricional dos magistrados. Tal arquétipo menospreza como se dará a escolha por cada julgador, pressupondo que boa parte dos juízes chegarão às mesmas conclusões ao se voltarem para normas implícitas na falta de outras fontes. Diluída a fronteira entre Direito e Moral, o juiz dworkiano é monológico e solipsista, interpretando a lei, em última análise, conforme os seus próprios padrões de justiça e sem reconhecer limites a ela¹⁶⁶.

Muito embora isso seja o exato oposto da consequência interpretativa esperada por Dworkin, ele aposta com fé inabalável na sabedoria do direito consuetudinário em demonstrar os princípios morais estampados virtualmente pela Constituição. Ironicamente, as forças hercúleas do julgador se transformam em insuperáveis dificuldades para executar o seu projeto interpretativo, abrindo espaço para uma arbitrariedade hermenêutica de complicada resolução. Seu grande erro é depositar uma crença inabalável na razão prática do juiz, por meio da qual levaria a uma única resposta correta pelo uso dos métodos racionais adequados.

Streck¹⁶⁷ comete o mesmo engano ao apostar no direito como integridade dworkiano, para a busca pela resposta correta e o aniquilamento de decisionismos. Por causa disso, vai sustentar que os princípios não abrem a interpretação, mas fecham-na. Embora dê o diagnóstico correto do problema, os cinco princípios ditos fundamentais para a adoção de uma hermenêutica adequada ao projeto constitucional brasileiro e as seis hipóteses em que um juiz poderia deixar de aplicar a lei apontados por Streck¹⁶⁸ persistem imprecisos e vagos,

¹⁶⁴ DIMOULIS, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶⁵ SOWELL, *op. cit.*, p. 280.

¹⁶⁶ Nessa direção, cf. NEVES, *op. cit.*, p. 54-59; MAUS, *loc. cit.* Em sentido contrário, cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, p. 400-404.

¹⁶⁷ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 308.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 322-348. São eles: (I) preservação da autonomia do direito, (II) controle hermenêutico da interpretação constitucional, (III) efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, (IV) dever fundamental de justificar as decisões e (V) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada; e elas: (a) quando a lei for inconstitucional, (b) quando for aplicável um dos critérios de resolução de antinomia, (c) quando houver interpretação conforme a Constituição, (d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, (e) quando declarar a inconstitucionalidade com redução de texto e (f) quando deixar de aplicar regra em função de princípio.

continuando sujeitos às mais variadas manipulações teóricas para enquadrá-los nas conveniências argumentativas do aplicador.

Por sua vez, Alexy¹⁶⁹ propõe uma técnica para a colisão entre princípios sem solucionar qual peso será dado previamente por cada magistrado antes de julgar a lide. A inexistência de uma metarregra (*Grundmethode*) que discipline o método interpretativo a ser aplicado no caso deixa de responder quais deles serão levados em consideração no momento de avaliar a preponderância valorativa diante do processo¹⁷⁰. Embora reconheça a impossibilidade de uma ordenação hierárquica dos valores universalmente válida – afastando a hipótese de que a precedência de um princípio sobre o outro se daria somente diante do caso concreto, e não subjetivamente na consciência do julgador –, o teórico alemão acredita que a utilização de um modelo de fundamentação racional inibiria decisionismos na atribuição de peso aos princípios.

Essa teoria da argumentação jurídica, de matriz procedimental e de influência habermasiana, baseia-se em uma lógica-argumentativa de regras que estabelecem critérios para a correção das “verdades jurídicas” extraídas do texto, frutos de um processo axiomático-dedutivo, com pretensão de corrigir os argumentos ao discursivamente racional. Não lhe interessa, portanto, como o juiz chegou àquela decisão, mas tão somente se ela foi devidamente fundamentada e está passiva de correção judicial.

Sua metodologia, contudo, vai de encontro aos postulados gadamerianos. Ora, a fundamentação racional, longe de ser uma conquista da teoria discursiva, é apenas condição *sine qua non* à concretização do direito. O fundamento é um modo-de-ser e não um procedimento, já que o método, por si só, não garante a veracidade das conclusões; e racional não porque é logicamente deduzível e livre de interferências emocionais, mas obedece uma linha de raciocínio coerente e criticável, passível de controle¹⁷¹. Logo, o fundamento adequado é requisito necessário, mas não suficiente para a legitimidade da decisão, pois está relacionado a critérios lógicos definidos a partir de uma teoria da argumentação – e não para a aceitação

¹⁶⁹ ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, p. 162-165.

¹⁷⁰ STRECK, Hermenêutica jurídica..., p. 380 *et seq*; Idem, Jurisdição constitucional..., p. 240-241. Para outra crítica da teoria alexyiana, cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 183-205.

¹⁷¹ STRECK, Jurisdição constitucional..., p. 238 e 244. O direito, enquanto ciência interpretativa, é plenamente abarcado pela hermenêutica filosófica, sem que isso, de modo algum, implique em negação da metafísica. Essas matérias atuam em planos distintos da racionalidade: enquanto a primeira é pragmática-argumentativa, a segunda é lógica-dedutiva. Divergem, portanto, da concepção kantiana de *nomenon* – essência da natureza intangível à razão – em contraposição ao *phenomenon* – forma como nós percebemos a realidade. Se, naquela, conhece-se o particular por meio da aplicação de diretrizes gerais ao caso individual, nesta, busca-se a verdade através do conhecimento do universal. No direito, a inexistência de uma “única resposta correta” se dá porque não existe um fundamento absoluto de verdade inquestionável (*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*), o que não depõe contra sua existência na teologia.

social. Vale dizer, toda decisão legítima é fundamentada adequadamente, mas nem toda decisão adequadamente fundamentada é legítima¹⁷².

Com antecedência, Müller¹⁷³ já havia notado que, enquanto a metodologia jurídica fosse pautada por métodos de interpretação, a práxis jurídica estaria sendo compreendida de maneira equivocada. O problema dos cânones interpretativos reside justamente em não garantir que o fazer argumentativo se torne em mero instrumento de legitimação de uma escolha encontrada e fundada de outro modo. Tais cânones podem funcionar, na verdade, como justificativas para legitimar resultados sociais desejados predeterminadamente pelo intérprete. Garantem, por óbvio, um poder reserva de recursos argumentativos em mãos do hermeneuta, e, como nada fazem senão prescrever determinado procedimento de interpretação, não vinculam o intérprete¹⁷⁴.

É inegável, à essa altura, que a regressão à vontade do legislador original (*mens legislatoris*) é uma lenda, tanto pela dificuldade em presumir historicamente qual o desejo do Legislativo, com uma pluralidade de autores, quando publicou determinada lei, quanto pelo anacronismo em privilegiar uma interpretação estática do direito, ignorando as mudanças ocorridas no seio da sociedade desde então. Para solucionar esse problema hermenêutico, Perelman¹⁷⁵ aponta uma prudente saída: a vontade do legislador atual.

A vantagem dessa solução em relação ao modelo anterior é que essa vontade pode ser controlada pelo próprio legislador, que, em caso de desacordo, poderá votar uma lei alterando as interpretações em contrário. Outrossim, viabiliza um diálogo entre o Parlamento e o Judiciário, na medida em que transforma a aplicação do direito em uma presunção da vontade legislativa contemporânea, passível de ser reformada democraticamente, em vez de fazer dela uma presunção histórica irreversível e nitidamente fictícia, a qual escapa a qualquer controle social efetivo. Essa proposta vai ao encontro da hermenêutica filosófica de Gadamer¹⁷⁶, ao rechaçar a visão tradicional de que a compreensão através da leitura é mera repetição do pensamento do autor – como pressupunha Savigny e Emilio Betti –, mas sim participação em um sentido presente e atual do texto.

¹⁷² JORGE NETO, *op. cit.*, p. 275. A legitimidade judicial implica em legitimidade democrática, porquanto cada cidadão pode dar, judicialmente, sua interpretação dos textos jurídicos. Cf. *Ibid*, p. 277.

¹⁷³ MÜLLER, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷⁵ PERELMAN, *Lógica jurídica*, p. 206-207. Caso o tribunal se resignasse a contragosto à vontade do legislador, caberia então demonstrar nos autos do processo o seu desejo de mudança, indicando a solução considerada justa e razoável, bem como a *lege ferenda* (lei a ser criada). Cf. *ibid.*, p. 192.

¹⁷⁶ GADAMER, *Verdade e método*, p. 429

O direito é sempre flexível, se não conclusões absurdas extraídas do texto legislativo seriam sempre válidas. Nisso não há nada de voluntarismo, mas apenas conformação de que não existe propriamente um “sistema” jurídico, tal qual nas ciências naturais. Um todo homogêneo, sem lacunas, incompletudes e antinomias, no qual o juiz estaria tão atado às prescrições legislativas que não restaria nenhum espaço para questionamentos sobre a solução aplicável ao caso, é inconcebível, porque toda sentença se aplica a uma causa individual, dificilmente servindo para a fiel reprodução em casos futuros.

Reconhecer a dupla contingência do direito, bem como a subjetividade do intérprete, não significa cair em relativismo. Pelo contrário, a limitação do voluntarismo se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que seja insuficiente ou extrapole os argumentos jurídicos, bem como na obrigatoriedade de se construir a decisão com a participação dos litigantes, que, como partes contraditas, possam discutir a matéria de modo a garantir a coerência normativa e a construção da solução mais adequada ao caso¹⁷⁷ ao modo dos precedentes jurisprudenciais no *stare decisis*.

A “segurança jurídica”, originária do século XVIII, com a burguesia em ascensão, o Código Civil napoleônico e o positivismo exegético, buscava a estabilidade nas relações econômicas, pouco se preocupando com os efeitos teóricos de suas teses. Sucede que a moldura da norma sempre garante uma margem de interpretação judicial, incompatível com qualquer tentativa de previsibilidade das decisões. A insegurança é inerente à arte jurídica, e os antigos compreenderam bem essa realidade, reconhecendo o caráter argumentativo e concreto do direito, em cuja justiça só pode ser atestada na situação particular. Viver é correr riscos.

Todavia, a investigação dos princípios adequados à solução do caso deve estar sempre subordinada aos valores expresso nas leis, jamais na consciência do intérprete. A independência dos magistrados de pressões internas e externas não induz liberdade para julgar de acordo com suas convicções pessoais e preferências ideológicas, mas em decidir com imparcialidade conforme o ordenamento vigente. Pois, se o julgador for o juiz absoluto de sua decisão, as leis serão supérfluas, em vez de vinculantes a sua vontade.

Desse modo, o modelo intersubjetivo tem se apresentado menos como uma solução para o decisionismo do que uma alternativa à pretensão de legitimação monológica de um juiz como sujeito ideal capaz de decidir corretamente o caso a partir de uma posição privilegiada de observação¹⁷⁸. Embora o que se passa na mente dos magistrados antes da argumentação seja

¹⁷⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do IHJ**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008, p. 145.

¹⁷⁸ NEVES, *op. cit.*, p. 179-180.

incontrolável, independentemente do método interpretativo aplicado, sendo controlável social e juridicamente apenas o comunicado, uma crítica hermenêutica do direito não pode se limitar apenas à possibilidade de crítica das decisões judiciais, mas em buscar promover consciências formadas hermeneuticamente para uma prestação jurisdicional adequada aos cidadãos.

O homem é parte do mundo por seu corpo, mas tenta fazer o mundo inteiro caber dentro do seu ser, tornando-o a sua imagem e semelhança¹⁷⁹. Essa predisposição natural do ser humano de fazer de suas próprias experiências o padrão e a medida da humanidade inteira (solipsismo) só pode ser eficazmente combatida por meio de uma autoconsciência enquanto ser vivente que se relaciona e interage com indivíduos distintos e cujas percepções de mundo lhe são estranhas e intangíveis. Tal consciência de si se revela não apenas no conhecimento dos próprios sentimentos e emoções, mas também na descoberta do outro como sujeito de idêntica dignidade, cuja cosmovisão deve ser igualmente respeitada e valorizada. Essa abertura hermenêutica, sepultando, em parte, o subjetivismo, possibilita um diálogo mais profundo consigo mesmo e com o outro.

Apesar de não impedir a interpretação dos textos a partir dos pré-conceitos, esse autoconhecimento ideológico permite que, reconhecendo-os, o intérprete possa identificá-los e avaliar suas conclusões atuais em face de suas intuições prévias. O julgador se vê obrigado a repensar seus conceitos e rever seu julgamento *prima facie*, na impossibilidade de fundamentar acriticamente a decisão que desejava tomar de plano. A dialética assim instaurada viabiliza a prática da prudência pelos magistrados quando suas preferências pessoais se chocarem com as exigências do direito vigente, levando a uma autocontenção não apenas jurídica, mas também filosófica. Somente desse modo a compreensão abrirá espaço para a fusão de horizontes e a mudança de opinião junto ao texto.

A realidade é muito complexa para a mente humana, por isso preferimos muitas vezes simplificações, ainda que falsifiquem a compressão do todo, ao custo do reconhecimento da nossa própria pequenez intelectual. Elas são úteis na medida em que permitem projetar nossas insatisfações pessoais em um ente externo e abstrato: a lei – de modo que esta precisa ser reformada, a todo custo, para moldar o mundo ao nosso próprio ideal de justiça e sociedade desenvolvida. Nesse sentido, o juiz togado se incumbe da função redentora de fazer o que julga individualmente correto, mesmo que para tanto seja preciso ignorar ou invalidar disposições legais expressas em sentido contrário.

¹⁷⁹ LAVELLE, *op. cit.*, p. 20. O sujeito solipsista quer persuadir o outro (retórica) de uma convicção pessoal que acredita ser uma verdade apodítica (lógica), sem se preocupar em passar pela triagem empreendida pelo confronto de ideias (dialética), pois crê piamente conhecer de forma plena a realidade.

Narciso, embebido de sua beleza ao vê-la pelo reflexo da luz das águas, se afogou. A vaidade e vanglória de Narciso levaram-no à morte, pois cheio de si estava. Igualmente os juristas que se aprofundam na dogmática jurídica, interpretando isoladamente os fatos do mundo da vida e das ciências, tendem a se afundar nos textos. A “especialização”, típica da modernidade, desvaloriza o conhecimento geral e holístico da realidade em troca de uma redução do todo à parte, mais acessível e simplificado à mente.

O resultado de uma formação jurídica atrofiante é uma visão artificial do direito. Contra essa condição intelectual, buscamos nos insurgir no presente estudo, dialogando, pela interdisciplinariedade, com a filosofia, a linguagem e a psicologia, para ampliar o horizonte do leitor. Ideias têm consequências, e o estudo científico voltado exclusivamente para a dogmática leva inevitavelmente a equívocos, pois não fomenta qualquer senso crítico ante o direito posto. É preciso superar o que Luis Alberto Warat chamou de “senso comum teóricos dos juristas”, para alcançar níveis mais altos de saber, no qual o direito não se resume à lei, tampouco o texto escrito se encaixa em um silogismo simples e previsível.

CONCLUSÃO

Os indivíduos tendem a procurar o Judiciário quando se sentem vítimas de uma injustiça nas relações interpessoais, confiantes de que o juiz, sensibilizado pelos fatos, possa flexibilizar o rigor do direito para convalidar sua pretensão. Espera-se que lhe deem um julgamento favorável, ainda que o ordenamento indique uma solução diametralmente oposta da desejada e independentemente da fundamentação utilizada para sustentar tal decisão. E é a argumentação jurídica o meio pelo qual uma tese inadequada pode prevalecer.

Admitir que toda interpretação encerra um ato criativo e, por consequência, toda decisão jurídica representa um ato de criação do direito significa rechaçar qualquer esquema lógico-dedutivo, impossibilitando o imaginário de desvelamento da única resposta correta pelo intérprete a partir da reprodução de sentido do texto normativo. Para muitos, isso implicaria colocar o direito no plano da irracionalidade e do relativismo, inviabilizando quaisquer meios de controles da decisão judicial e da subjetividade do intérprete.

Pelo contrário, a contribuição da hermenêutica filosófica para o direito configura uma nova etapa no processo compreensivo do fenômeno jurídico, que, em vez de apresentar respostas simplistas e reducionistas, permite a apresentação de soluções práticas e eficazes para o problema do decisionismo judicial. Se, de um lado, o positivismo homenageia a segurança jurídica, de outro, ignora os conflitos psicossociais em torno das leis e dos atores do processo, esquivando-se de permitir qualquer confusão entre Direito e Justiça na teoria, enquanto essa separação, na prática, é de difícil sustentação.

O conceito de ativismo judicial, como prestação jurisdicional contrária à lei, visou, além de evitar valorações inapropriadas, combater a comum confusão entre preconceito e intuição, esta uma sensação de conhecimento da realidade, que pode ser tanto falsa como verdadeira, enquanto aquela uma condição inerente à historicidade do homem. Se ele é positivo ou não, somente a peculiaridade do caso pode responder. Nesse sentido, os princípios aparecem como argumentos retóricos pertinentes para legitimar decisões que, se fossem fundamentadas de outro modo, dificilmente seriam aceitas social e juridicamente.

Do mesmo modo, o método, quando inserido dentro do discurso de justificação, corre sérios riscos de ser racionalizado pelo intérprete, servindo mais para legitimar opiniões prévias do que controlar o conteúdo das decisões. Assim, é meio insuficiente para o controle material das sentenças, porquanto sua escolha se dá sempre após a compreensão do fenômeno estudado, gozando de pouca utilidade para uma resposta que deseje ser adequada ao caso. Não que seja inútil, mas que não pode ser tomado como critério definitivo de correção judicial.

Portanto, qualquer teoria da argumentação jurídica que vise eficácia deve se pautar no momento em que o hermenêuta pré-compreende o objeto, pois cânones interpretativos, longe de significarem modelos de racionalidade para uma escolha correta, são apenas técnicas à disposição dos julgadores, que podem usá-las de um lado para o outro, a depender de suas preferências individuais. A antecipação do conteúdo da sentença pelo intérprete só pode ser eficazmente combatida, primeiro, pelo reconhecimento de que seus pré-conceitos podem guiar a argumentação jurídica até o fim e, segundo, pelo uso de critérios que forcem a autorreflexão na sua consciência do julgador, como o legislador atual e os auditórios “universais”.

Uma postura cética diante da ciência e dos limites da razão humana, sobretudo dos efeitos dos sentimentos na racionalidade, dirá que o processo interpretativo deverá antes conscientizar o julgador de suas opiniões prévias do que incentivá-los a encontrar, por si só, a “melhor resposta”. Sem o exercício da prudência, o Judiciário poderá arrogar para si o papel de protagonista das causas políticas do momento, crendo piamente estar defendendo direitos fundamentais dos seres humanos, quando, na verdade, está apenas substituindo a “lei da razão” pela “lei da paixão”.

Em vez de estabelecer parâmetros teóricos para definir quando uma decisão será adequada, é mais efetivo instigar os intérpretes do direito, sejam eles autênticos ou não, a refletir sobre as consequências de suas ideias, notoriamente no impacto das decisões judiciais na vida política e social das pessoas e da sociedade em geral, em um marcante exercício da virtude da prudência. Somente diante de tal autoconhecimento e autocrítica, será possível alcançar decisões mais prudentes e, quiçá, mais adequadas para os casos concretos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. Vol. 4. Tradução de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira *et al.* São Paulo: Loyola, 2006.
- ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.
- _____. **Metafísica**. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2012.
- ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable en el derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 9, n. 27, set./dez., 1989, p. 93-110.
- _____. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BESERRA, Antonio Patrick e Silva. **Ativismo judicial**: elementos centrais para conceituação e análise. 2013. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do IHJ**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008, p. 131-148.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do país. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.
- _____. Código Civil, 10 de janeiro de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078 - MG. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.463 - RS. Paciente: Everton Henrique Reis. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de outubro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 - DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101 - DF. Requerente: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 de junho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Habeas Corpus nº 126.292 - SP. Embargante: Marcio Rodrigues Dantas. Embargado: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 02 de setembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306 - RJ. Pacientes: Edilson Dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983 - CE. Requerente: Procurador-Geral da República. Advogados: Antônio Carlos de Almeida Castro e Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721 - RS. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Advogado: Rossano Lopes. Recorrida: Geni Quintana. Advogado: Carlos Eduardo Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694 - MG. Recorrente: Maria de Fatima Ventura. Advogado: Monique de Ladeira, Thomazinho e outro. Recorrida: Rubens Coimbra Pereira e outro. Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de maio de 2017.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**: introdução à teoria dos quatro discursos. Campinas: Vide Editorial, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLEMENTE DE DIEGO, F. **El método en la aplicación del derecho civil**. T. III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1916.

COSSIO, Carlos. **La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1947.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Georgina Segurado. São Paulo: Companhia da Letra, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 213-225.

_____. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun., 2011, p. 215-253.

_____; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 459-474.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: PELELLA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas (org.). **Garantismo penal integral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 453-478.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, 2009.

HABÈRLE, 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.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**: complementos e estudios previos. Madrid: Ediciones Catedra, 1989.

_____. **Direito e moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Oliver Wendell. **Collected legal papers**. New York: Peter Smith, 1952.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LAVELLE, Louis. **A consciência de si**. Tradução de Lara Christina de Malimpensa. São Paulo: É Realizações, 2014.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2. ed. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov., 2000.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória legislativa do Código Civil: tramitação na Câmara dos Deputados: segundo turno**. Vol. 4. Brasília: Senado Federal, 2012.

PERELMAN, Chaïm. Raison éternelle, raison historique. In: **L'homme et l'histoire: actes du VIe Congrès des sociétés de philosophie de langue française**. Paris: Presses universitaires de France, 1952, p. 347-354.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: nova retórica**. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. **Filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra, Portugal: A. Amado, 1979, p. 415-418.

REALE, Miguel. Problemas de hermenêutica jurídica. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 235-259.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**. Tradução de Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002, p. 23-50.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003, p. 607-630.

_____. Intepretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Idem (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

STANOVICH, Keith E. On the distinction between rationality and intelligence: implications for understanding individual differences in reasoning. In: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. (org.). **The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 343-365.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of United States, september 17, 1787.

_____. Supreme Court. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

_____. Supreme Court. Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 1857.

_____. Supreme Court. Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.