



JOÃO VICTOR CUNHA PELUCHI
DIREITO

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL FACE AO NEOCONSTITUCIONALISMO:
CAUSAS E EFEITOS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

Aracruz/ES
2017

JOÃO VICTOR CUNHA PELUCHI

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL FACE AO NEOCONSTITUCIONALISMO:
CAUSAS E EFEITOS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Monografia apresentada ao curso de Direito das Faculdades Integradas De Aracruz – FAACZ - Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Mestre Fabio Vargas Adami.

Aracruz/ES

2017

JOÃO VICTOR CUNHA PELUCHI

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: CAUSAS E EFEITOS NA INTERPRETAÇÃO
DO DIREITO**

Monografia apresentada ao curso de Direito das Faculdades Integradas De Aracruz – FAACZ - Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Mestre Fabio Vargas Adami.

Monografia apresentada ao curso de Direito das Faculdades Integradas De Aracruz – FAACZ - Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor - FAAZ Mestre Fabio Vargas Adami (Orientador)

Professor 2 - FAAZ - Membro

Professor 3 - FAAZ – Membro

Conceito: _____

Aracruz, ____ de _____ de 2017.

Dedico este trabalho aos meus professores que tanto dedicaram-se no dever de ensinar com tanto zelo e disciplina seus vastos conhecimentos, aos caros colegas de curso que resistiram bravamente até o fim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me proporcionar a oportunidade de vivenciar o mundo acadêmico, principalmente por estar inserido no mais belo ramo da ciência, que busca o equilíbrio entre os homens e organiza o mundo moderno. Também devo minha sincera gratidão aos meus familiares em especial minha mãe Angela Maria Cunha Peluchi, por ser minha fonte de inspiração e motivação e que tanto me impulsionou para enfrentar e romper todas as barreiras surgidas nesta difícil caminhada. Por fim, agradeço a minha companheira Leticia Sousa Queiroz por estar ao meu lado nos momentos necessários, pelo carinho e compreensão diante de minha ausência entre tantas idas e vindas diárias, pelas esperas em noites brandas de luar, em que um bom vinho e um fino queijo cairiam muito melhor do que a solidão e a ansiedade da espera.

RESUMO

A discricionariedade na decisão judicial é sem dúvidas o tema que mais gera debates entre os juristas e os jusfilósofos de todo o mundo, de modo que pudesse afirmar o quanto é desafiador adentrar nesse contexto discursivo. O presente trabalho faz uma cuidadosa análise doutrinária, com vista aos casos práticos enfrentados pelos tribunais superiores e diante dos conhecidos *hard cases* que não raro insurgem e geram grande variações quanto a solução que lhes são aplicados, objetiva-se com isso, evidenciar até que ponto as decisões admitem parcela de escolha por parte do julgador, afim de se chegar em uma tutela que atenda as expectativas das partes. Sobremaneira, a pesquisa delimita-se na investigação científica quanto a possibilidade de escolha feita pelo magistrado ao decidir, ora sob a ótica dos princípios, moral ou valores, sendo esses paradigmas jurídicos usuais e pragmáticos para alguns julgadores modernos. Por outro lado, cumpre arguir quanto aos efeitos que são gerados diante de tais paradigmas, frente a liberdade interpretativa e quais os efeitos causados pela parcela de liberdade e discricionariedade decisória.

Diante do complexo assunto, é indispensável notar que a decisão judicial, carece de racionalidade, devendo o órgão julgador se munir de critérios para oferecer a tutela de forma objetiva, previsível e harmônica, porquanto, se busca o mínimo de segurança e seriedade para com a sociedade que clama por decisões efetivas.

Este trabalho é de grande importância para os estudantes e profissionais do mundo jurídico, pois, trata exatamente da parte em que ocorre aplicação do direito, o provimento dado pelo Estado Juiz aos casos concretos, no que diz respeito aos direitos fundamentais individuais ou coletivos. Nesse diapasão, busca-se responder a seguinte questão principal: Há alguma possibilidade em que o magistrado poderá decidir de forma Discricionária?

Palavra-chave: Discricionariedade. Decisão Jurídica. Hermenêutica. Positivismo. Pós-Positivismo. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

Judicial discretion is undoubtedly the topic that most generates debates among jurists and jus philosophers around the world, so that it could affirm how challenging it is to enter into this discursive context. The present work makes a careful doctrinal analysis, with a view to the practical cases faced by the superior courts and to the known hard cases that often insurm and generate great variations as to the solution that are applied to them, it aims at this, the decisions admit a portion of choice by the judge, in order to arrive at a guardianship that meets the expectations of the parties. Above all, research is delimited in scientific research as to the choice made by the magistrate in deciding, from the point of view of principles, morals or values, these legal paradigms being customary and pragmatic for some modern judges. On the other hand, it is necessary to argue as to the effects that are generated before such paradigms, before the interpretive freedom and what the effects caused by the part of freedom and decisive discretion.

Faced with the complex subject, it is indispensable to note that the judicial decision, lacks rationality, and the judicial body must have criteria to offer the guardianship in an objective, predictable and harmonious way, because, if it seeks the minimum of security and seriousness with the society that cries out for effective decisions.

This work is of great importance to the students and professionals of the legal world, since it deals exactly with the part in which the application of the law takes place, the provision given by the State Judge to the concrete cases, with respect to individual or collective fundamental rights. In this context, we try to answer the following main question: Is there any possibility in which the magistrate can decide in a Discretionary way?

Keywords: Discretion. Juridical Decision. Hermeneutics. Positivism. Post-Positivism. Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	9
1. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: O QUE ESTÁ ACONTECENDO COM O JUDICIÁRIO?	12
1.1 NOTA INTRODUTÓRIA AO CAPÍTULO	12
1.2 DO CONSTITUCIONALISMO	13
1.2.1 DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	17
1.2.2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	23
2 A DISCRICIONARIEDADE NO DIREITO	27
2.1. O DIREITO COMO SISTEMA DE NORMAS.....	29
2.2. REITERA-SE, HÁ QUEM DEFENDA A DISCRICIONARIEDADE COMO PARTE DO DIREITO	31
2.3. O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: DISCRICIONARIEDADE É INIMIGA DO DIREITO!	33
3 QUANDO O JUIZ PODE DEIXAR DE APLICAR A LEI NO BRASIL? LEVANDO AS LEI E A CONSTITUIÇÃO À SÉRIO	40
3.1. A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA NA APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO.....	41
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA	44
4.1 POSSÍVEIS CAUSAS E EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO: O SURGIMENTO DE EFEITOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL	46
4.2. DO ATIVISMO JUDICIAL	52
4.2.1 CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO ATIVISMO JUDICIAL	54
4.3 DA JUDICIALIZAÇÃO	56
4.3.1 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO	59
5. PANORAMA DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO EXISTENTES	62
5.1 INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL.....	63
5.1.1 INTERPRETAÇÃO LÓGICA	64

5.1.1.1. LÓGICA FORMAL.....	64
5.1.1.2. LÓGICA MATERIAL.....	66
5.1.2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA	67
5.1.3 INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA	68
5.1.4 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E AXIOLÓGICA	70
6. O DEVER DE INTERPRETAR CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE CRIAÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS.....	72
6.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO.....	73
6.1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	77
6.1.2. HERMENEUTICA JURÍDICA COMO BASE DECISÓRIA.....	78
7 CONSIDERAÇÕES A CRÍTICA HERMENEUTICA DO DIREITO(CDH) DE LENIO STRECK.....	80
7.1. APORTE A UMA NOVA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO	83
CONCLUSÃO	87
BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUÇÃO:

As palavras escritas que tem o poder de materializar o feito legislativo que ganha sentido de verdade, é capaz de orientar e solucionar os conflitos entre os homens. É como nos ensina Guimarães Rosa. Grande Sertão: Veredas “O que é para ser – são as palavras”. Não obstante, para isso, as palavras ainda carecem de uma interpretação lógica que seguem critérios sistemáticos de um interprete, uma hermenêutica.

A legislação tem a finalidade de regulamentar e orientar o comportamento do homem diante das inúmeras matérias e relações, ora no âmbito social, político, privado ou coletivo. Mas historicamente a realidade opõe-se a esta intenção, uma vez que não cessam os problemas que surgem na sociedade, e não oferecem a solução adequada às demandas de uma sociedade complexa e conflituosa. Da mesma forma, por mais que se tenha uma legislação garantidora de direitos fundamentais, tem-se uma sociedade carente desses direitos.

Muitas vezes os conflitos encontram solução utilizando-se meios não previstos no texto legal ou ainda por meios que o contrariam, mesmo assim considerar-se-á como direito, isso porque é preciso conferir uma solução, um desfecho ao caso concreto. De tal modo, tem-se que o Estado Juiz, ao se deparar com determinados casos de difícil resolução, os *Hard Cases*, aplicam métodos ou técnicas jurídicas diversas para interpretar a norma constitucional, com a mais pura intenção de conferir o melhor resultado ao caso.

Comumente, ao observar o exercício no uso de técnicas ou métodos jurídicos interpretativos, encontram-se falhas funcionais capazes de alterar o sentido pelo qual determinado meio foi desenvolvido. Neste sentido, destaca-se a discricionariedade conferida ao magistrado, ora quando se vale de uma interpretação vinculada a norma de forma positivada, outrora decidindo sob os valores de moral ou ainda se valendo da aplicação de princípios implícitos/explícitos.

No entanto, o emprego de métodos discricionários confere por muitas vezes problemas de difícil reparação. Ocorre que a falta de critérios objetivos na atuação discricionária permite um protagonismo sem limites ao julgador, porquanto ocasiona fundamentações desvinculadas com o teor íntimo da pessoa do julgador. Ainda no que diz aos efeitos colaterais de uma decisão discricionária sem um mínimo de critérios, não raro de se deparar com aplicações de meios como os princípios por exemplo de forma incorreta.

Com efeito, tem-se um sistema frágil, com uma estrutura permeável de vícios que ocasiona grande insegurança jurídica e abala a própria legitimidade para atender as reais necessidades da população brasileira.

Sob o referido ponto abordado, surge o interesse do presente trabalho, em responder as seguintes indagações: A decisão judicial poderá ser fundamentada de acordo com parâmetros discricionários? A decisão discricionária tem com personagem Estatal um agente solipsista ou idiossincrático? Destarte, o objetivo deste trabalho é abordar de forma descritiva, as respostas que se adequam aos questionamentos, através de pesquisas bibliográficas em trabalhos específicos de autores nacionais e internacionais que discutem o tema.

É importante notar que a utilização de princípios, da ética e da moral para solucionar, casos complexos, é tema de estudo entre os grandes juristas e filósofos de todo o mundo. Sobremaneira, nota-se a existência de grande divergência doutrinária quanto a possibilidade do uso de princípios e da moral para solução de casos sem previsão legal.

Nesse sentido, o trabalho monográfico sustenta-se sobre a pesquisa constitucional, processual, filosófica seja para demonstrar que a lei está sempre em um processo de interpretação, compreensão e aplicação. Sobremaneira, cumpre demonstrar os efeitos práticos quanto a possibilidade da utilização de critérios discricionários frente às decisões, assim como dar enfoque no estudo do positivismo, que não admite a utilização da moral como critério decisivo, e o direito natural, que permite de forma branda a fundamentação jurídica sob a ótica da moral.

Neste diapasão, é indispensável que se faça uma breve explanação quanto a Jurisdição Constitucional, para que se possa compreender o sistema de controle constitucionalidade frente aos direitos e garantias nas decisões.

Para a sistemática metodológica do trabalho, utilizar-se-á de pesquisa qualitativa desenvolvida em base doutrinária, normativa e jurisprudencial, abordando-se o tema pelo método hipotético-dedutivo de cunho descritivo e analítico, buscando-se em fontes doutrinárias - nacionais e alienígenas - e jurisprudenciais, conteúdos descritivos e informativos.

1. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: O QUE ESTÁ ACONTECENDO COM O JUDICIÁRIO?

1.1 NOTA INTRODUTÓRIA AO CAPÍTULO

O judiciário brasileiro passou por muitas mudanças nas últimas décadas, ganhou destaque na mídia, isso porquanto ao grau de alcance nunca visto em épocas anteriores no Brasil. Em virtude desta afirmativa, denota-se a indispensável importância de tratar do fenômeno do neoconstitucionalismo, tema que guarda muita pertinência com outro fenômeno atual, o ativismo judicial.

Cumprir entender por que motivos o judiciário tem deixado de ser um repetidor de leis, ou em outras palavras, a voz do poder legislativo, pois passou a ter uma postura de grande discricionariedade face ao direito constitucional moderno. Também pretende-se expor as principais características e efeitos da postura ativa que o fenômeno pode produzir na sociedade. Ao final, pretende-se demonstrar qual seria a solução trazida pela doutrina face ao fenômeno do novo direito constitucional (neoconstitucionalismo), de modo que os efeitos tidos como indesejáveis à ordem democrática e ao equilíbrio dos poderes republicanos.

Diante do estudo do neoconstitucionalismo, é imperioso que se trace por antemão algumas considerações conceituais e histórico do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo para posterior aprofundamento teórico-doutrinário, tendo por objetivo da presente exposição, traçar um panorama do neoconstitucionalismo, especificamente no que tange a sua proposta hermenêutica.

1.2 DO CONSTITUCIONALISMO

Na Europa com o fim da II Guerra Mundial, ocorreu a consolidação do Estado constitucional de direito. (BARROSO, apud FERRAJOLI 2017). Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. No Estado legislativo de direito, a Constituição não tinha força de norma jurídica, mas sim de um instrumento político que dependia exclusivamente da atuação do legislador e do administrador para seu desenvolvimento. É como esclarece Barroso:

[...] a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. (BARROSO, 2017, p03)

Com o a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito no Brasil bem como o surgimento dos direitos de terceira geração na década de setenta, é marcado pelo constitucionalismo da tradição jurídica que se estabelece no mundo contemporâneo sob o viés de Constituição como estatuidora de limites ao governo e aos Estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro, evidenciando o judiciário como salvaguarda para eventuais rupturas, em especial através controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse mesmo sentido, o Professor Barroso expõe que:

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2017, p03)

No que tange o Estado Democrático, importante mencionar nas palavras de Zaneti que “o Estado Democrático Constitucional é a junção do direito constitucional e da democracia, ou seja, um Estado de Direito no qual os direitos fundamentais dos poderes públicos estão submetidos à constituição” (ZANETI, p58, 2016).

Para melhor compreensão da ascensão do constitucionalismo com o advento da carta magna de 1988, recorre-se a doutrina de Paulo Bonavides¹, devido sua clareza e genialidade didática.

Bonavides aponta que, com o advento da reconstitucionalização do País, consumada afinal com a Constituição de 5 de outubro de 1988, e mesmo passo deplorando o descrédito em que caíra o estudo da matéria por obra da ilegitimidade do sistema de poder instaurado no Brasil pela ditadura de 1964, a ordem democrática se restabeleceu, logo surgiu literatura jurídica dotada de amplo teor de contemporaneidade volvida para o exame, entre outros, de grave problemas de interpretação, os quais, faz-se mister reiterar, “compõem a [sic] medula de todo o Direito Constitucional” (BONAVIDES, 2017 p 17)..

Bonavides propõe ainda que “não pode este compreender-se nem explicar-se fora de seus apertados vínculos com a hermenêutica e a ideologia do poder (BONAVIDES, 2017 p 17).

Bonavides ainda aponta que, o Direito constitucional tem sido historicamente o [sic] campo de batalhas de inumeráveis sistemas doutrinários, servidos não raro de arraigados preconceitos de escola que tento dificulta o avanço científico de semelhante ramo do conhecimento. Para o autor, não se pode distanciar dos progressos doutrinários mais recentes do Direito Constitucional positivo. Ainda nesse sentido:

Sem instrumentos processuais de apoio, o Estado social se converteu em figura de retórica política. Medidas estatais excessivamente intervencionistas lhe enfraqueceram a legitimidade, fazendo-o de todo suspeito à conservação das liberdades do cidadão (BONAVIDES, 2017).

Bonavides ainda pondera que com a constitucionalização trazida pela carta de 1988, os princípios gerais assumem grande importância, sobretudo a partir da reformulação

¹ É Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa (1998) e da universidade Inca Garcilaso de La Veja (2009); Professor distinguido da Universidade Mayor de San Marcos, Decana da América (2009); Professor Emérito da Faculdade de Direito Universidade Federal do Ceará e da universidade Metropolitana de Santos/SP Professor Visitante nas universidades de Colônia (1982), Tennessee (1984) e Coimbra (1989); Lente no Semiárido Romântico da Universidade de Heidelberg (1952-1953).

teórica a que foram submetidos como princípios constitucionais na dupla dimensão de normatividade e constitucionalidade.

Essa dimensão lhes confere preeminência incontestável no seio da ordem jurídica e sua respectiva hierarquia. A teoria material da Constituição se acha irresistivelmente vocacionada a executar e aplicar na época do pós-positivismo os valores igualitários da justiça, sem os quais a Sociedade se desloca do centro da gravitação de sua legitimidade para esfera das incompreensões e ambiguidades ocasionadas por uma doutrina exageradamente formalista, que durante largo tempo dominou quase todas as esferas do Direito (BONAVIDES, 2017, p22).

De tal modo, entende-se que não foi o neopositivismo que constitucionalizou os princípios, mas, do ponto de vista doutrinário, o pós-positivismo, que operando esse salto normativo, exprimiu com todo vigor suas posições abertas e inovadoras.

A constitucionalização dos princípios – axioma juspublicístico de nosso tempo – faz líquida e inquestionável a sua dimensão normativa, retirando-os da penumbra jusprivatistas dos Códigos, onde na escala normativa estiveram inferiorizados durante mais de um século, como elementos supletivos e subsidiários, úteis tão somente ao preenchimento de lacunas legais, para daí, numa revolução conceitual, os colocar no vértice da pirâmide jurídica, transformados doravante em ponto culminante da hierarquia normativa (BONAVIDES, 2017, p23).

De tal maneira, pode-se extrair dos ensinamentos do professor Bonavides, que a constitucionalização atualizada reconhece sobremaneira, os princípios gerais do Direito restituídos à sua dimensão intrínseca de valores superiores proclamados pela melhor doutrina, aquela que o positivismo legalista clássico jamais reconheceu, por preferir outorgar aos princípios, na codificação dos sistemas jurídico, “positividade meramente subsidiária (*post-legem ou post-consuetudinem*)”, não havendo assim, lugar para eles fora da sequência auxiliar das fontes jurídicas especificadas e convocadas ao preenchimento das lacunas da lei (BONAVIDES, 2017, p24). (grifo do autor)

Por fim acerta Bonavides que a constitucionalização dos princípios, em termos de normatividade, funda o Estado principialista. Conclui afirmando que é um postulado da teoria material da Constituição que triunfa com a idade do pós-positivismo. E que fora dessa doutrina seria impossível compreender a Constituição, muito menos as interpretações sociojurídicas elucidativas de sua normatividade. “Salvo se a Carta Magna pudesse girar nas esferas abstratas e purificadas de um firmamento social e político, que não é, todavia, o da nossa condição humana” (BONAVIDES, 2017, p24).

Ao mencionar quanto a força normativa da Constituição de 1988, Barroso elucida que :

No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento (BARROSO, 2017, p 05).

Para realizar seus propósitos Professor Barroso (2017) indica, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país, promovidas pelo movimento jurídico acadêmico.

No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador, do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais (BARROSO, 2017, p06).

O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania (BARROSO, 2017, p 06).

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos políticos, individuais, sociais ou difusos, são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

Quanto a atuação do judiciário, Barroso assevera que:

O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia positivista: direito constitucional é

norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido (BARROSO, 2017, p07).

Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial.

Com efeito, a constitucionalização de direitos democráticos, surgida a partir da constituição de 1988, estabeleceu limites ao poder autoritário do Estado, sobremaneira, a carta elencou direitos e garantias fundamentais ao cidadão, por meio de sua normatização que por vezes devem ter análise sistemática de uma hermenêutica constitucional, para a obtenção de direitos advindos de princípios. Nesse diapasão, com advento do pós-positivismo em tempos atuais, o fenômeno do neoconstitucionalismo está em evidencia, por este motivo e para traçar seus efeitos posteriormente, faz-se necessário sua análise.

1.2.1 DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Em caráter geral, o neoconstitucionalismo é a denominação dada por alguns doutrinadores ao novo direito constitucional, a parti do século XX, sendo o fruto de mudanças de paradigmas² contidas em estudos doutrinários e jurisprudenciais que vislumbram a Constituição Federal como centro da hermenêutica jurídica. De modo específico:

A expressão neoconstitucionalismo foi consagrada por Susanna Pozzollo (2006, p. 78), em meados da década de 90, e tornou-se o termo unificador de pesquisas realizadas, sobretudo na Itália e Espanha, bem como em países da América Latina (Brasil, México, Argentina, Colômbia), a respeito das mudanças ocorridas no modelo do Estado e na teoria do direito constitucional.

² "consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo", ou, como o define Kuhn, eles são "realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". KUHN, Thomas s. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43 et seq.

No âmbito da teoria do direito o epíteto serviria como forma de exprimir “um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito” (GOMES, 2017, p01).

Nestor Castilho Gomes (2017), ainda ensina que “o termo neoconstitucionalismo não possui um significado unívoco. Não se deve falar de neoconstitucionalismo no singular, mas sim no plural”. Da mesma forma aponta que “não se pode falar de 1 (um), senão de vários neoconstitucionalismos” (GOMES apud Carbonell, 2017, p113). Gomes (2017), em seu artigo “NEOCONSTITUCIONALISMO HERMENÊUTICA E PÓS-POSITIVISMO: UMA CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO³”, faz breve menção ao neoconstitucionalismo ideológico e metodológico se valendo do Ilustre Comanduci (2003, p 85).

[...] o neoconstitucionalismo ideológico distingue-se parcialmente da ideologia constitucionalista, ao elevar como seu objetivo precípua a garantia dos direitos fundamentais, em detrimento da limitação do poder estatal, algo central no constitucionalismo dos sécs. XVIII e XIX. Tal mudança deriva do fato do poder estatal não mais ser visto com temor e desconfiança, decorrência dos ordenamentos democráticos contemporâneos. Ao contrário, o Estado é visto como principal agente concretizador dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo aqueles direitos de índole prestacional. O neoconstitucionalismo metodológico, por sua vez, sustenta a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral, contrapondo-se ao positivismo metodológico. Enquanto este defendia a possibilidade de se descrever o direito como ele é, de forma avalorativa, aquele abandona a postura descritiva e mescla a descrição com a avaliação do sistema jurídico, isto é, o ser do direito com referências ao dever ser ideal. O neoconstitucionalismo metodológico, por sua vez, sustenta a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral, contrapondo-se ao positivismo metodológico. Enquanto este defendia a possibilidade de se descrever o direito como ele é, de forma avalorativa, aquele abandona a postura descritiva e mescla a descrição com a avaliação do sistema jurídico, isto é, o ser do direito com referências ao dever ser ideal (GOMES apud COMANDUCCI, 2017, p114).

Para BARROSO (2007), o neoconstitucionalismo pode ser identificado por três importantes marcos:

O primeiro marco do neoconstitucionalismo para o Barroso é de caráter histórico, ocorreu na Europa Continental, diante do surgimento do novo constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha.

³ Obra elaborada por Nestor Castilho Gomes¹ Aldo Jaison de Souza² Evelyn Gancheiro Fernando Tessari Ivan Preuss Kamilla S. Melim Leandro Luís Piccolo, em Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional.

No Brasil, essa nova fase constitucional, se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, juntamente com o processo de redemocratização advinda da Carta Magna.

O segundo marco para Barroso, é o filosófico, porquanto o Brasil está se desvinculou do plano positivista e emergiu no conhecido pós-positivismo, cuja característica é a possibilidade de ir além da legalidade escrita empreendendo uma leitura moral do direito.

Por fim, o terceiro marco, é o reconhecimento da força normativa da constituição e da expansão da jurisdição constitucional impulsionando uma nova interpretação constitucional (BARROSO, 2017, p 06, p 07).

Sobremaneira, pode-se colher dos ensinamentos de Barroso que o fenômeno do neoconstitucionalismo decorre da mudança do padrão estabelecido anteriormente de uma ordem constitucional estabelecida como vinculada ao texto normativo, para um outro padrão interpretativo em que é conferido ao intérprete maior abertura interpretativa.

Indispensável mencionar o posicionamento de Clarisse Tassinari, ao mencionar a obra de José Joaquim Gomes Canotilho⁴, “ Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, cujo o autor visou a demonstrar o papel estratégico assumido pelas constituições, no sentido de que, ao utilizar-se da expressão “constituição dirigente”, pretendeu afirmar a força atuante do direito constitucional. De tal forma, a concepção de Estado de Direito foi agregado um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a constituição passa a ser “um meio de direção social” e “um a forma racionalista de política”. (TASSINARI apud CANOTILHO, 2012, p39)

⁴ É licenciado e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde é Professor catedrático, e professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. É, provavelmente, a par de Jorge Miranda, da Escola de Lisboa, o maior constitucionalista português vivo. Foi distinguido com o Prémio Pessoa em 2003, feito Grande-Oficial da Ordem da Liberdade a 25 de Abril de 2004 e agraciado com a Grã-Cruz da Ordem do Infante D. Henrique a 9 de Junho de 2005. É atualmente Administrador não Executivo da Fundação Calouste Gulbenkian.

Diante dos exposto, merece destaque a afirmação de Barros “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”, face a visual mudança paradigmática, pois, para o Constitucionalista, o ponto de partida do fenômeno da Constitucionalização que descambou na novo constitucionalismo, foi o deslocamento do Código Civil, passando para o centro a Constituição, onde ocorreu potencialização, pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios como mencionado anteriormente neste trabalho.

Dessa forma, não há como negar que as transformações pelas quais vem passando o Estado brasileiro, no âmbito do Direito Constitucional e da atuação do Poder Judiciário, nos últimos tempos, acentuando as mudanças de paradigmas do direito, porquanto surgiu a necessidade de uma nova formatação jurisdicional.

Nessa linha de pensamento explica Sarmiento, “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como ‘neoconstitucionalismo” (SARMENTO, 2011).

Bonavides ao fazer análise quanto ao direcionamento doutrinário face aos estudos constitucionais, dispõe que:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficavam na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competência, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado Social (BONAVIDES, 2017, p 599)

Barroso, ao fazer uma leitura da passagem do professor Bonavides, intende que, “essa evolução do constitucionalismo, chegando ao neoconstitucionalismo, reflete a necessidade de se garantir e efetivar direitos fundamentais” (BARROSO apud BONAVIDES, 2017, p54).

Para melhor compreensão, de forma sucinta, sem, contudo, desbordar da clareza necessária para o entendimento, Sarmiento elenca os fenômenos resultantes do neoconstitucionalismo, que se relacionam com as mudanças ocorridas após a Constituição brasileira de 1988:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2011, p73).

Diante das primeiras considerações acerca do surgimento causas e motivações do neoconstitucionalismo, indispensável analisar algumas críticas a cerca dos postulados caracterizadores do neoconstitucionalismo.

Para tanto, utiliza-se os ensinamentos de Nestor Castilho Gomes e outros. Nestor indica que “atualmente não faltam críticas ácidas dirigidas ao neoconstitucionalismo”. Ao mencionar a doutrina de Uadi Lamego Bullos, discorre que este considera o neoconstitucionalismo [sic] “um mero modismo”, que não tem nada de novo, ou melhor:

(...) o que o neoconstitucionalismo tem de novo é a forma de os seus defensores repetirem o que todo mundo já sabe com outras palavras, usando termos criados por eles mesmos e adotando terminologias empoladas ou pensamentos adaptados de jusfilósofos da atualidade (GOMES, apud BULLOS, 2017, p06).

No mesmo sentido, Gomes ao mencionar a doutrina de Elival Ramos da Silva, sustenta que:

(...) quando se procura compreender o que é o neoconstitucionalismo para poder analisá-lo criticamente, aceitando-o ou rejeitando-o, constata-se que se está diante de elaboração imersa em tamanhas fragilidades, que não passa de muito mais que um modismo intelectual (GOMES, apud SILVA, 2017 p,06).

O professor Gomes em comentário, divergindo o posicionamento de muitos partidários do neoconstitucionalismo que sustentam que o marco histórico do fenômeno, coincidiria com a formação do Estado constitucional, “cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX” (GOMES apud CARBONELL, 2007, p 06).

Nestor Gomes ainda pondera que críticos do neoconstitucionalismo lembram, contudo, que nos Estados Unidos da América o chamado Estado constitucional existe desde o século XIX, isto é, desde a promulgação da Constituição Americana em 1787 .

Da mesma forma é rebatida pelo autor a ideia de que o controle de constitucionalidade é advento do neoconstitucionalismo, pois o autor indica marcos históricos onde judiciário dispunha de tal mecanismo controlador. Assim dispõe Gomes:

A ideia de que o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional sejam características marcantes do neoconstitucionalismo também é refutada. Isto porque, o controle difuso de constitucionalidade existe nos Estados Unidos da América desde o início do século XIX, como decorrência da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*. Da mesma forma, o Brasil conhece o controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição Republicana, que data de 1891.

Igualmente nos Estados Unidos, já havia controle de constitucionalidade na Europa, nesse sentido pontua Gomes:

(...) o controle de constitucionalidade existe na Europa desde as primeiras décadas do século XX, (anterior, portanto, ao marco histórico do neoconstitucionalismo), como comprovam a Constituição Austríaca e a Constituição Portuguesa. Não se pode negar que após a segunda guerra mundial tenha ocorrido uma expansão quantitativa de Tribunais Constitucionais na Europa. Isto não significa, contudo, que o neoconstitucionalismo tenha inaugurado o controle de constitucionalidade, tampouco a existência de Tribunais Constitucionais (GOMES, 2017, p07).

É de suma importância ressaltar que para Nestor Castilho Gomes, critica a posição em que foi apenas com o neoconstitucionalismo que seu positivou os valores nas cartas constitucionais. Destaca Gomes, que “as constituições do século XIX não eram compostas apenas de regras formais acerca da organização do Estado e dos Poderes”, mas sim já haviam dispositivos materiais que positivam valores liberais, prevalecentes à época. (GOMES, 2017, p07).

Superada algumas críticas aqui postas, a doutrina dominante aponta o pós-guerra como marco da passagem do positivismo, em que a lei era a principal fonte do direito, no qual o Juiz era a boca da lei, e havia uma supremacia do legislador, porquanto os direitos existiam na medida em que eram contemplados na legislação posta.

Após a 2º guerra mundial, houve então a mudança de paradigma, impulsionado pelo texto constitucional, carregado de normas programáticas de elevada carga valorativa, ou axiológica, com conceitos abertos indeterminados, possibilitando assim o judiciário exercer a função de interprete normativo.

Ocorre que com a força normativa dada pela Constituição de 1988, o judiciário tem empenhado um papel mais ativo, passando a tomar partido de assuntos ligados à política com intuito de resolver demandas sociais. Sob esse viés, é crucial que se faça a análise da jurisdição constitucional, com intuito de melhor elucidar quais são os limites do judiciário para com as demandas surgidas na contemporaneidade.

1.2.2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. (BARROSO, 2017)

Alexandre de Moraes, destaca o marco inicial do controle jurisdicional constitucional:

Ressalte-se que o STF, sob a citada inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei federal no 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais. (MORAIS, 2013, p 223)

Ademais, afirma que posteriormente, o constitucionalismo brasileiro aliou ao tradicional controle difuso de constitucionalidade a possibilidade de o STF analisar abstratamente a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição, por meio do controle concentrado. A Constituição de 1988 ampliou a jurisdição constitucional do STF, prevendo a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, a Emenda Constitucional no 3, de 17-3-1993, incorporou ao nosso ordenamento jurídico a ação declaratória de constitucionalidade. (MORAIS, , 2013, p 224)

A respeito da jurisdição constitucional e seu controle, o professor e doutrinador Lenio Luiz Streck nos ensina que:

[...] o constitucionalismo na sua versão instituidora do Estado Democrático de Direito, não é somente uma conquista e um legado do passado; é certamente, o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI. Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições dos direitos constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelecem através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional (STRECK, 2014, p. 113).

O ilustre professor ao mencionar sobre o constitucionalismo, evidencia que este é o poder constituído, aquele que não pode ser modificado derogado ou debilitado, senão somente amplificado e reforçado. Conferindo direitos fundamentais, estes pertencentes a todos que somos, precisamente, os titulares destes direitos fundamentais. É nessa titularidade comum que reside o sentido de democracia e da soberania popular.

No processo de sistêmico constitucional, é indispensável a compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional, para elucidar o sentido de constitucionalismo do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, STRECK apud Werner Kägi (2014), “Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast”,⁵ ao traduzir e interpretar a assertiva, STRECK aduz que “...enquanto a Constituição é fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”. (Streck, 2014, p 37)

Portanto, na visão do aludido autor, tem-se que, a produção democrática de Direito faz parte de um processo hermenêutico constitucional, para desvendar o sentido atribuído em seu texto, a partir de paradigmas que surgem da doutrina e da

⁵ “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição” - cf. Kägi, Werner. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchung über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht. Zurich: Polygraphischer, 1945. P 147.

jurisprudência dos tribunais superiores, de modo que a soberania popular, separação dos poderes e maioria parlamentares cedem lugar à legitimidade constitucional.

Em outras palavras, é preciso se ater a compreender, em uma linha histórica, que o Direito assume um caráter hermenêutico que abrange e transforma as teorias discursivas e argumentativas do positivismo e alcança a aplicação do Direito e suas possibilidades em tempos de pós-positivismo. Essa importância se dá, pois, segundo ROSSI:

As grandes transformações ocorridas no mundo hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. O positivismo jurídico tradicional tem se mostrado cada vez mais insuficiente para atender as novas demandas de uma sociedade global e complexa. (ROSSI, 2014, p 380)

Portanto, o direito está para uma sociedade globalizada, que é dotado de raízes historicamente construídas na arquitetura jurídica ao passo em que a sociedade sofre um fenômeno que transforma várias formas de pensar e gerir diversos organismos sociais.

Ainda na acepção da jurisdição constitucional, nos ensinamentos do ilustre professor Barroso:

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). (BARROSO, 2017, p. 04).

Logo, para Barroso, a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição, assim exercendo seu papel de guardião da carta magna.

Em se tratando de interpretação constitucional, no Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascido do processo constituinte de 1986-1988, ainda estão no aguardo de sua implementação. Como sugere STRECK:⁶

Velhos paradigmas de direito provocam desvios na compreensão no sentido de constituição e do papel de jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da constituição e da legislação ainda povoam o imaginário do jurista, a partir da divisão entre, “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”, entre “constitucionalidade” e “legalidade” como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente. (STRECK, 2014, p. 114).

Por fim, destaca-se que os desvios interpretativos mencionados pelo autor supracitado, efetivamente revela-se um dos principais obstáculos à concretização do novo paradigma contitucional. Com efeito, destaca-se o ponto crucial deste trabalho, quando a democracia é posta em cheque, diante da atuação dos magistrados que creditam a interpretação sendo um “ato de vontade”. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

⁶ Na passagem, o autor demonstra que, tais cisões, decorrem daquilo que o fenômeno da hermenêutica denomina de “esquecimento ontológica”.

2 A DISCRICIONARIEDADE NO DIREITO

Para iniciar o entendimento a cerca da discricionariedade, é indispensável notar na doutrina de Herbert Lionel Adolphus Hart, os problemas inerentes ao uso da linguagem, principalmente quando está para o campo normativo, pois acarretam o que Hart denomina de textura aberta ao direito, que por sua vez abre margens ao judiciário na atuação mais abrangente. Indispensável notar, que tal posicionamento de Hart, vislumbra a possibilidade de o magistrado atuar no campo legislativo.

Mais ao final, cumpre demonstrar os riscos e problemas da discricionariedade tanto no âmbito judicial, quanto administrativo, sob a influência da doutrina atualizada de Georges Abboud e outros.

A verificação da existência de um campo normativo, no qual existem regras secundárias aptas a oferecer critérios de validade à existência de um ordenamento jurídico, faz evidenciar uma forma organizada aceita pelas sociedades desenvolvidas.

Talvez esse é o maior problemas, visto que na maioria das vezes, o que se entende por legitimado e aceito pela sociedade, guarda muito mais insegurança jurídica sob a perspectiva da vontade de quem está conduzindo os julgamento. A exemplo pode-se indicar os julgamentos que criminalizaram a sociedade política contemporânea, onde muito se viu, perpetuar a vontade efervescente do povo, em detrimento à aplicação do direito em uma ordem constitucional democrática.

Nesse contexto, Hart indica que a supremacia de uma regra secundária de reconhecimento torna-se o remédio necessário para estabelecer os limites do direito. Todavia, é na chamada zona de penumbra, espaço aberto inalcançável pela regra de reconhecimento, que há, segundo o filósofo, a inevitável existência de um poder discricionário por parte do julgador, tendo em vista a existência de algo que ele denomina [sic] “textura aberta do direito”. Nesse sentido Herbert Lionel Adolphus Hart:

“(...) A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas de comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades

administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.” (HART. 2012. p. 175)

É certo que o judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, no processo de consolidação da democracia brasileira, chama atenção dos estudiosos do direito, devido as distintas perspectivas pelas quais as normas constitucionais são interpretadas. Destaca-se nesse cenário na prática judicial que, quanto maior a abstração e abertura das normas constitucionais à moralidade e a política, maior os casos de discricionariedade dos magistrados na aplicação no direito. (CANOTILHO, 1993, p 215)

Nesse contexto, diante do ordenamento Constitucional e infraconstitucional com suas normas e princípios formadores das cartas de direito, são um alvo de disputa ideológica por parte dos magistrados responsáveis pela aplicação desses direitos. (CANOTILHO, 1993, p 215)

Não raro, o posicionamento doutrinário faz menção a discricionariedade, sendo a solução jurisdicional em tempos do neoconstitucionalismo e suas texturas abertas na visão de Hart. Nesse sentido pode-se notar no posicionamento de VIEIRA:

É necessário que se tenha em mente que o direito não se realiza pela sua simples positivação. Entre o estabelecimento de um direito e a sua aplicação há, necessariamente, a atuação dos órgãos de aplicação da lei, de forma especial do judiciário. Ao decidir um caso concreto, o juiz escolhe a regra que se aplica àquela situação, e mais, fixa o seu conteúdo, dentre inúmeras possibilidades.(3) Por mais simples que seja uma norma jurídica, a sua aplicação exige um processo pelo qual seja extraído de seus signos, de seus termos, um significado. Esse processo de compreensão do significado das normas para a resolução de uma questão concreta denomina-se interpretação. (VIEIRA apud MAXIMILIANO, 2014)

O autor ainda justifica, se utilizando da doutrina de Maximiliano que, por mais que seja difícil extrair, de forma correta, o conteúdo normativo do texto legal que permeia a prática do direito, quando o julgador se depara com expressões como dignidade humana, liberdade, igualdade, cidadania, privacidade, bem comum, e muitos outros, termos que veiculam direitos e princípios fundamentais, este é obrigado a fazer escolhas de caráter não apenas jurídico, mas ético-político.

Na tradução de Gustavo Zagrebelsky, pode-se notar a posição do autor no sentido:

Trata-se de uma atividade prática, pois voltada à resolução de um conflito jurídico, onde deveria haver o propósito de se alcançar o resultado correto, através de um procedimento racional e controlável, e fundamentar este resultado de forma igualmente racional e controlável, criando deste modo, certeza e previsibilidade jurídicas, e não, acaso, o da simples decisão pela decisão. (ZAGRABELSKY, 1988, p 39-40)

Pode-se notar que a doutrina majoritária admite a possibilidade da discricionariedade e certos momentos, ora justificando a possibilidade de escolha na própria lei ora para dar a determinado sentido normativo aos textos de constitucionais. Não obstante, este trabalho busca a compreensão dos problemas trazidos por esta discricionariedade disfarçada de ordem democrática, visto que são notórios os problemas quando o julgador tem margens de escolhas ao conferir a resposta jurisdicional.

As dificuldades para se alcançar esses propósitos, no entanto, são muito grandes. Não sendo alcançados, a atividade judicial carecerá de legitimidade, pois, a princípio, juízes não são eleitos para tomar decisões e escolher valores que vinculem a conduta dos cidadãos, senão para aplicar decisões previamente estabelecidas pelo sistema democrático, livre da vontade.

2.1. O DIREITO COMO SISTEMA DE NORMAS

A efetiva realização do direito se dá por meio da interpretação que é colocada como parte integrante do próprio direito, pois viabiliza a aplicação das normas gerais a uma situação particular. A norma, por si, é um dispositivo inerte. “Necessita da intervenção humana para que sirva como uma razão para agir, para a tomada de decisão por parte daquela autoridade responsável por resolver o conflito”. (VIEIRA, 2014, p 05)

Sobremaneira as normas jurídicas são de grande importância por integrarem um sistema jurídicos contemporâneos. Em duas das conceituações mais aceitas neste século, as normas jurídicas aparecem como o elemento básico pelo qual os sistemas jurídicos contemporâneos são reconhecidos.

Podemos extrair dos ensinamentos de Kelsen que o direito é concebido como um sistema de normas que regula a conduta humana. De tal sorte, Kelsen entende o sistema jurídico composto por uma ordem hierárquica, de maneira a que cada norma retira a sua validade de uma norma superior. No ápice dessa pirâmide encontra-se uma norma hipotética fundamental, que valida todas as demais normas.

O ilustre professor Kelsen, faz uma abstração afim de isolar o direito para o conhecimento normativo importando a sua compreensão. Dispensável assim para Kelsen, indagar sobre os valores ou sobre os fatos (poder) que legitimam ou sustentam o direito, mas sim o entendimento da regra que o texto atribui ao ser interpretado. (KELSEN, 1976, p 263)

Na mesma perspectiva, Hart ensina que o direito é composto de normas, mas faz distinção entre normas primárias e secundárias. No tocante as normas primárias, Hart sustenta que são aquelas que impõem obrigações e asseguram direitos diretamente aos indivíduos, como o código penal, o de defesa do consumidor, ou os artigos que asseguram direitos, inscritos na Constituição. (HART, 1972, p 92)

Já no que diz respeito as normas secundárias, é entendido como aquelas normas cujo condão é assegurar aos humanos a possibilidade de estabelecer novas regras, alterando ou extinguindo as existentes. Importa dizer que são normas que viabilizam a criação de obrigações e direitos, ou seja, de normas primárias.

Na retórica, pode-se apontar o comentário de Vieira quanto o posicionamento de Kelsen e Hart, que permeia o assunto:

[...] os autores buscam descrever o direito de maneira a superar as tradicionais definições que se fundam ou na moralidade ou na força. Para o pensamento jusnaturalista clássico o direito funda-se na justiça. Para Kelsen, não havendo como se demonstrar empiricamente o que é o justo, necessário se faz buscar um outro fundamento, que possa ser logicamente aferido, daí a validade do direito contar como seu próprio fundamento. (Vieira, 2017, p 14)

O professor Vieira, ainda aponta que, Hart busca afastar a idéia hobbesiana de que direito nada mais é do que um conjunto de ordens providas de coerção, ou como

prefere Austin, comandos gerais que decorrem da vontade do soberano. Para Hart as normas não são obedecidas simplesmente porque alguém tem força para impô-las, mas por que alguém tem autoridade para estabelecê-las. (VIEIRA, 2014, p 14)

Por isso, importante mencionar que através da autoridade que é conferida pela norma e estabelece regras a quem é submetido pelo direito. Revela-se assim o direito estruturado por meio de normas jurídicas. A aplicação dessas normas aos casos concretos tem demandado, no entanto, uma intervenção humana, muitas vezes desprezada pelos doutrinadores, como se o processo pelo qual uma norma abstrata se transforma em uma decisão concreta fosse automática, realizando-se mecanicamente. Por esse motivo, urge a necessidade de uma teoria consolidada e moderna, que mostra por qual caminho o judiciário deve se pautar diante do sistema normativo e assim afastar definitivamente a discricionariedade da realidade do direito brasileiro.

2.2.REITERA-SE, HÁ QUEM DEFENDA A DISCRICIONARIEDADE COMO PARTE DO DIREITO

Analisando doutrinadores de renome, evidencia-se o posicionamento que vai de encontro com o que se pretende neste trabalho. Não que seja uma crítica, mas sim por motivos de exposição de conteúdo, passa-se a estudar a justificativa de quem defende que existe realmente possibilidade de haver decisões discricionárias, mesmo pautadas sobre critérios positivistas.

Indispensável notar que o positivismo de Kelsen e Hart não pode ser confundido com o formalismo do século XIX, que foi o alvo da investida realista, embora ambos apontem que os sistemas jurídicos contemporâneos são a realização do ideal de governo das leis (no sentido de regras), que se busca desde a antiguidade. Essas análises, porém, não são mais tão ingênuas. Sem recorrer ou refutar a psicanálise, Kelsen sustenta a integridade do sistema jurídico, como governo das leis, apesar de

estar consciente de que as decisões individuais não são uma pura aplicação dos preceitos gerais e abstratos da lei. (VIEIRA apud KELSEN, 2014, p 08)

Para Kelsen as normas jurídicas gerais funcionam como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Quando o magistrado escolhe um desses sentidos autorizados pela norma não está agindo discricionariamente, mas sob aquela esfera de competência que lhe foi reservada pelo próprio direito. (KELSEN, 1976, p 263)

Ao fazer uma leitura de Kelsen, o Professor Vieira indica que “o direito não é formado simplesmente por normas gerais e abstratas, mas também por normas concretas de aplicação das normas gerais e esse trabalho é atribuído aos magistrado”. (VIEIRA, 2014, p 14)

Nesse mesmo sentido Kelsen critica o que chama da teoria tradicional, por entenderem os formalistas que a norma abstrata oferece condições para que o aplicador do direito reconheça nela a única resposta que deve ser dada ao caso sob julgamento, como se fosse possível realizar a justiça do direito positivo. (KELSEN, 1976, p 265)

De tal forma, ao transformar a interpretação judicial e adjudicação em parte do sistema jurídico e aceitar a margem de discricionariiedade, antes negada pelos formalistas, como componente do direito, Kelsen poderá afirmar que o sistema jurídico, que o governo das leis, continua intacto.

Apesar de teoricamente bem solucionado, na prática o esforço Kelseniano não é de muita utilidade. “Pois de que adianta viver num governo de leis, se na realidade sabemos que no momento em que essas regras gerais e abstratas forem aplicadas, haverá um intermediário, humano, que aplicará a sua compreensão pessoal dessa lei, essa compreensão pode em muito se afastar daquilo que a lei efetivamente determina. (VIEIRA, 2014)

Por esta razão, adiante será feita as ponderações necessárias para elucidar a linha de raciocínio que é pretendido. Indicando sem abreviaturas os problemas pertinentes ao protagonismo judicial em tempos de neoconstitucionalismo.

2.3. O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: DISCRICIONARIEDADE É INIMIGA DO DIREITO!

“Onde o direito termina a discricionariedade começa” (ABBOUD, 2014, p 04). De tal sorte, é possível encontrar na doutrina atualizada de Georges Abboud⁷ ponderações e críticas cruciais a serem tratadas neste trabalho. É com a frase inicial posta, que se inicia a formulação da crítica doutrinária de Abboud, com a classificação das formas de discricionariedade em que pese na argumentação de grande parte da doutrina.

A princípio é mister salientar, que para o professor Abboud, quando é referido “não existir discricionariedade”, está para as questões de decisão jurídica a ser resolvida, seja pelo judiciário ou seja pela administração pública.

Para mencionar o assunto, será abordado ponderações postas ao direito administrativo para argumentar a crítica proposta à discricionariedade quando em matéria jurisdicional. É possível revelar da doutrina de Abboud, cinco formas que há discricionariedade administrativista que o judiciário importa para utilização como técnica decisória.

A primeira é a discricionariedade interpretativa, comum ao direito administrativo, que contrapõe o ato vinculado ao ato discricionário, sendo que o ato vinculado se manifesta diante de casos em que a própria lei confere a resposta que deve ser utilizada pelo administrador, neste caso não há margens de interpretação. Já no que diz o ato discricionário interpretativo, a lei não oferece resposta ao caso prático e nessa condição o administrador interpreta por termo o [sic] “agir interpretativo”. (ABBOUD, 2014)

O problema aqui demonstrado por Abboud, é que não há como dizer que o direito está sendo aplicado sem um agir interpretativo que o antecede, pois, até para dizer que

⁷ Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da FADISP. Advogado.

uma lei é clara, é preciso interpretá-la. Nesse sentido, ao interpretar a lei como sendo “clara” os preconceitos individuais apontam no sentido de que a lei tende a ser clara. Então a discricionariedade que há um agir interpretativo que faz surgir uma resposta na lei imediatamente e um outro que remete ao administrador a possibilidade de interpretar é pontualmente criticado por Abboud, pois segundo o autor, trata-se de uma ficção no sentido ruim do termo, por não corresponder a realidade brasileira, porquanto essa bifurcação trazida nos manuais de direito administrativo não encontra lastro nos textos filosóficos no tocante a possibilidade de interpretar, ser exclusivamente um ato discricionário.

Daí seria dizer que a discricionariedade é fundamental para com a interpretação normativa, sendo essa possibilidade totalmente fora do contexto filosófico e argumentativo do direito brasileiro, pois seria o mesmo que todo ato jurisdicional é discricionário devido a obrigatoriedade de interpretar a norma para extrair o direito. (ABBOUD, 2014)

A segunda, que para Abboud é a mais utilizada, chamada pelo autor de discricionariedade optativa. Conceitualmente diz ser o ato discricionário quando diante de várias possibilidades se adota uma delas, usualmente por muitos doutrinadores que conduzem o argumento de que para a solução prática existem vários caminhos ou respostas. Pondera o autor que se assim for conduzido o judiciário, estar-se-ia agindo dentro de um poder discricionário legítimo.

O problema que consiste aqui é que especificidade do caso concreto o “âmbito normativo” segundo Muller, remete que para um caso concreto a uma resposta constitucionalmente adequada, há uma resposta que é qualitativamente em caráter democrático melhor do que outras.

Ou seja, tanto no âmbito judicial, quanto no administrativo, há especificidade do caso, há circunstancia temporal e fática demonstra na fundamentação do ato ou em uma decisão judicial, com a obrigatoriedade de demonstrar porque que aquela decisão é a melhor para o caso. Assim sendo, automaticamente justifica-se o motivo de não escolher outra solução diante da especificidade fática. (ABBOUD, 2014)

O professor Abboud acentua a crítica a cerca de tal modalidade de discricionariedade, dizendo o autor que “para agir com eficiência, moralidade e legalidade não dá para dizer que existe mais de uma resposta correta”. E aqui reitera o professor que esse contexto crítico está para as questões jurídicas, quando for dirimir as circunstâncias fáticas da vida.

Na terceira modalidade de discricionariedade segundo Abboud, remete a nomenclatura que o próprio autor utiliza como “discricionariedade performática”, que foi utilizada em seu livro sob a influência de John Langshaw Austin⁸, pois este, ao se referir acerca do enunciado performático faz remissão ao enunciado que por si só não é capaz de ser contrastado em um teste de validade.

Abboud informa que o enunciado performático não está certo nem errado, pois, está fora de um contexto que se possa avaliar em um critério racional. Nesse sentido, pode-se entender como os grandes enunciados performáticos que os grandes administrativistas indicam, “conveniência e oportunidade, oportunidade e interesse público”. (ABBOUD apud AUSTIN, 2014)

Quando se está diante de um ato discricionário, e tão logo não poderá ser avaliado pelo judiciário se está diante de um ato correto ou errado por ser pautado em conveniência e oportunidade. Pode-se indagar diante de tal afirmativa, qual é o critério de conveniência e oportunidade? Ou porque ele está pautado em interesse público. O que é o interesse público?

Nesse diapasão, o problema de conveniência e oportunidade é que nessas hipóteses quando se cria um enunciado performático como esses não se pode avaliar a correção do ato. Ou pode-se dizer, construir um estádio com verba pública está dentro da conveniência e oportunidade daquele administrador ou atende ao interesse público na ocasião, não podendo ser avaliado em uma ordem jurisdicional se a medida foi empregada corretamente ou incorretamente utilizada aquela verba.

⁸ John Langshaw Austin foi um filósofo da linguagem britânico que desenvolveu uma grande parte da actual teoria dos actos de discurso. Filiado à vertente da Filosofia Analítica interessou-se pelo problema do sentido em filosofia

Nesse sentido, Abboud indica a nomenclatura auto-blindagem do ato administrativo, porquanto se o consenso é personalíssimo na mente do administrador a escolha, o judiciário nunca poderá examinar esse ato, pois, não é possível demonstrar que não fora atendido a conveniência e oportunidade e interesse público. (ABBOUD, 2014)

Sobremaneira boa parte do judiciário, admite que não se pode analisar um mérito do ato ou somente sua forma, quanto a doutrina estrangeira como a de Terrier Tomas Ramon Fernandez, ou ainda os alemães, não fazem a diferenciação entre a análise judicial do ato administrativo na sua forma e no seu mérito, porquanto não se pode [sic] “blindar” o mérito por conveniência e oportunidade ou interesse público. Abboud diz ainda que seria o mesmo que Supremo Tribunal Federal ao analisar uma ADIN, julgasse indicando a formalidade da lei, mas inobservado se fere a igualdade pelo fato de o conteúdo da lei é pautado por critério de conveniência e oportunidade do legislador. (ABBOUD, 2014)

Nesse sentido, importa dizer que se a lei que é um ato máximo da democracia pode ter seu mérito sindicado pelo judiciário porque um ato administrativo não teria? Um ato administrativo que deve esta pautado de acordo com as premissas do artigo 37 da constituição e do artigo 5º do mesmo dispositivo.

É explicado ainda neste ponto pelo autor, que não se quer passar uma falsa perspectiva de que o mérito administrativo não poderia ser revisado pelo judiciário, e que está discricionariedade que não deveria existir no âmbito administrativo possa ser realocada no judiciário. “O judiciário também não pode agir de forma discricionária”. (ABBOUD, 2014) Não obstante, acerta em dizer Abboud que não dá para admitir que não há análise da legalidade ou constitucionalidade do ato administrativo.

Ou seja, analisar a legalidade e a constitucionalidade do ato administrativo possa ser barrada pelo fato que foi dado por conveniência oportunidade ou interesse público, pois, nessas hipóteses o poder público administrador age como [sic] “midas” tudo que tocar vira ouro, sendo assim tudo que o administrador tocar viraria ouro. Então essa é a discricionariedade performática que mais se vê na prática e que para o autor seria a mais interessante.

Na quarta modalidade de discricionariedade, seria uma consecutória da anterior, sendo reconhecida como “volitiva” ou ainda a discricionariedade da vontade. O ato é discricionário sobre o aspecto da volitiva, quando ele é pautado pela vontade do administrador. Abboud indica que critério de vontade, “critério personalíssimo” em uma democracia não pode ser utilizado para parâmetro de ato muitos administrativistas indicam a questão da vontade. (ABBOUD, 2014)

Por fim, retirada da nomenclatura italiana, o professor Abboud, discorre sobre a discricionariedade técnica. Extraíndo da doutrina italiana, o autor faz menção ao posicionamento, “uma coisa é uma questão técnica ser decidido em parâmetros técnicos, mas quando se [sic] “jurisdicisa” uma questão de parâmetro técnico não se tem mais discricionariedade”. Raciocina da seguinte forma Abboud: “Há como se aferir se a questão técnica a ser utilizada é a mais correta ou não”. (ABBOUD, 2014)

A exemplo se está diante de uma obra de construção de uma ponte, tem como se determinar qual é o matéria mais seguro, se for constatado que tanto faz, titânio quanto ferro ambos são tão seguros que poderiam ser utilizados, estar-se-ia diante de uma primeira discricionariedade técnica, nesse contexto se o administrador estiver diante desta questão, onde ambos são seguros, o administrador deverá ir para o mais barato aos cofres públicos. Mas quando a questão deixa de ser técnica e passa a integrar outros elementos para se decidir algo ou um ato ou ainda uma questão judicial, não poderá ser mais discricionária.

Essas questões podem ser vistas em âmbito regulatória, por exemplo se o CADE errar, onde havia monopólio ele achou que não havia, ou vice versa, o judiciário poderá fazer a revisão do acórdão do CADE pelo judiciário. Nesse contexto, o judiciário não decidirá discricionariamente, mas sim utilizando todas as ferramentas que tem para produzir um saber técnico, como perícia, laudos entre outros para que possa integrar uma decisão, que ao valorar essas questões e dar uma resposta correta e aí rechaçando no mérito de um ato que em tese seria técnico administrativo econômico ou de agências regulatórias.

Exposta aqui de forma sucinta e objetiva as cinco principais modalidades de discricionariedade que são tratadas por Georges Abboud em sua mais nova obra. A

relevância de tal exposição neste trabalho, é de caráter inquestionável, visto que atualmente a maioria da doutrina incorre em todas delas ou em uma delas, sendo incisiva na discricionariedade “interpretativa, optativa, performática volitiva ou na técnica”. Importa dizer também que o ponto de contato entre ambas para Abboud, ou seja, o que há de comum entre elas, é justamente a alforria jurídica constitucional para aquele que decide. (ABBOUD, 2014)

Ocorre que tais modalidades aparecem em várias justificativas para aquele que vai julgar administrativamente ou judicialmente poder dar a decisão que bem melhor entender e assim fugir do direito. Abboud ainda afirma que essas facetas são indiscutivelmente para ora fazer a própria vontade do julgador outrora para fazer a vontade de algum interesse ou ainda fazer prevalecer uma questão que não é jurídica fora do direito. É por este motivo que Kenneth Culp Davis, pois este diz “Quando o direito termina, a discricionariedade aparece”. (ABBOUD apud DAVIS)

Pois na realidade, discricionariedade é tratada pelo direito historicamente, e se for posto análise em um âmbito mais holístico, há um embate histórico em que é discricionário e o que é jurídico. Quanto mais o direito avançar em uma processo civilizatório racionalizador, ou seja quanto mais uma democracia avança mais controle de constitucionalidade irá existir, e o ato administrativo vai ser cada vez menos blindado, assim ganhando racionalidade do direito, perdendo assim essa blindagem intransponível. (ABBOUD, 2014)

De tal modo, em uma democracia, quando houver mais qualidade em um âmbito [sic] decisional e democrático, menos discricionariedade será admitido, pois, em uma democracia plena não se admite discricionariedade para decidir uma questão jurídica. De nada adianta ter uma lei, uma constituição e órgãos de aplicação democráticos se na ponta do reta democrático houver um jurisdicionado seja na decisão administrativa ou na decisão judicial que vai afetar a ele, ali o julgador agir com vontade, performance e não com direito. (ABBOUD, 2014)

Nesse condão haveria uma quebra da trajetória democrática, para aquele jurisdicionado ou aquele administrado, nada adiantou ter constituição e leis ou ainda viver na democracia, pois, teve uma resposta não jurídica para uma questão jurídica.

É indiscutível que a tarefa de julgar de forma eficiente, correta e moralmente legítima é de grande complexidade, e por isso requer além de conhecimento jurídico exemplar, é preciso a adoção de mecanismos e técnicas pautadas em uma ordem democrática, para assim se esquivar da facilidade da discricionariedade onde se decide conforme a vontade individual do julgador.

3 QUANDO O JUIZ PODE DEIXAR DE APLICAR A LEI NO BRASIL? LEVANDO AS LEI E A CONSTITUIÇÃO À SÉRIO

Neste capítulo, é traçado de forma estrita algumas possibilidades em que se autoriza a desobediência legislativa por parte do judiciário, para o alcance da tutela jurisdicional adequada. Tal análise tem lastro na pesquisa doutrinária do professor e membro do parquet, Dr. Hermes Zanet Jr⁹ que atua no Ministério Público da cidade de João Neiva Espírito Santo. O autor faz menção às hipóteses em que o Juiz pode deixar de aplicar a lei segundo o professor Lenio Luiz Streck.

O autor explica que, a doutrina desenvolveu hipóteses em que é permitido ao judiciário deixar de aplicar um texto legal. Elas podem ser assim sintetizadas, sempre com referência ao ordenamento brasileiro e seu caráter híbrido, nas seguintes:

Quando o ato normativo for inconstitucional, formal ou substancialmente, o magistrado deverá deixar de aplicar (controle difuso de constitucionalidade) ou deixar sua inconstitucionalidade, retirando a lei do ordenamento jurídico (controle concentrado);

Quando for o caso de resolução de antinomias, concurso aparente de normas, o magistrado, mediante atividade interpretativa, identificar a norma válida e aplicável ao caso, evidentemente com respeito a premissa da norma aplicável ser ela mesma constitucionalmente válida.;

Quando o magistrado aplicar a interpretação conforme a constituição, ou seja, atribuir um sentido ao texto no qual ocorra “plena” conformidade à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua literalidade)

⁹ Pós-Doutorado em Direito pela Università degli Studi di Torino (2014); Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005), área de concentração Direito Processual; Doutorado em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre (2014), área de concentração Teoria do Direito; Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, área de concentração em Direito Processual (2000); Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1997). Atualmente é professor adjunto dos Curso de Graduação e Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). É ainda membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP), membro da International Association of Procedural Law (IAPL), membro da ABRAMPA e do MPCON. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (2006/MPES). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucionalização do processo, processo coletivo, processo civil comparado e precedentes judiciais.

permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio da interpretação que o torne adequado à Constituição.

Quando o magistrado aplica a nulidade sem redução de texto, ou seja, expressamente excluir a incidência de determinadas hipóteses de aplicação do texto sem alterar seu teor literal. Assim enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido.

Quando for o caso de o magistrado declarar a inconstitucionalidade com redução de texto, modalidade em que ocorre supressão de palavras do texto legal preservando sua constitucionalidade que resultará, contudo, em um sentido diminuído daquela expressão suprimida (ZANETI apud STRECK, 2016, p127).

Não obstante, Zaneti discorda do posicionamento do professor Lenio no ponto em que a regra poderá ceder diante de um princípio a exemplo do Princípio da Insignificância. Vale ressaltar que nesse contexto, os autores defendem sentido de princípio de forma divergente e por isso nesse ponto há a discordância por parte de Zaneti.

Como se vê, sendo a interpretação dos textos normativos ineliminável da atividade de sua aplicação e tendo o juiz brasileiro amplos poderes de verificação da constitucionalidade de uma norma. Para Zanet Jr, é necessário pensar em uma teoria dos precedentes que possa resultar em maior igualdade nas decisões judiciais segurança jurídica e previsibilidade.

Porem em todos os casos em que a lei não for inconstitucional, ela deve ser aplicada. Esta não é uma questão de valor, mas de direito, pondera o autor.

Para Zanet Jr, outro problema é a relação entre princípio legalidade e a interpretação jurídica, que é tratado a seguir.

3.1. A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA NA APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Das disposições de leis ou atos normativos, pode-se extrair as normas que são o significado obtido do texto ou enunciado, que lhes estabelecem. Hermes Zaneti Jr em

seu livro, “O Valor Vinculante Dos Precedentes¹⁰”, elaborado a partir do aprofundamento da teoria garantista de Luigi Ferrajoli¹¹, é capaz de elucidar que norma pode estar em um ou muitos dispositivos de lei, um só enunciado pode conter muitas normas (ZANETI, 2016, p130).

O autor também aponta que a norma somente adquire o seu significado conforme a individuação pelo interprete no momento da aplicação, por essa razão a doutrina fala em norma como o resultado, e não o pressuposto da atividade interpretativa.

No mesmo sentido, também fazendo expressamênção a, Humberto Avila afirma (ZANETI, apud AVILA):

Normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos constituídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ZANETI, 2016, p 131).

Muito embora sejam muitos os interpretes dos textos jurídicos, o tipo de interpretação que interessa a este trabalho está estritamente ligado a decisão judicial em um processo. Os magistrados estão obrigados a justificar/motivar sua decisão interna (método lógico-dedutivo) e externamente (método lógico-argumentativo) mediante as

¹⁰ Este trabalho, preparado após o amplo percurso de pesquisa pelo autor Zaneti na Universidade de Roma TER, resulta das perplexidades e desafios de compreender, com a experiencia do direito brasileiro, tanto a experiencia jurídica comparada, common law e civil law, nas práticas italiana e europeia, como, principalmente, aprofunda e extremamente relevante teoria garantista de Luigi Ferrajoli e, a partir desta, propor o constitucionalismo garantista como um potente referencial teórico capaz reduzir o espaço de discricionariiedade dos poderes público dos juízes, no marco dos estados Democráticos Constitucionais contemporâneos.

¹¹ Atuou como juiz entre 1967 e 1975, período em que esteve ligado ao grupo "Magistratura democrática", uma associação de juízes de orientação progressista. A partir de 1970, foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, onde também foi diretor da "Facoltà di giurisprudenza" (Faculdade de Direito). Desde 2003, leciona na Universidade de Roma Tre. Publicou diversas obras, com especial atenção ao juspositivismo jurídico, sendo a principal delas "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal".

regras do discurso pratico do caso especial que regulamenta o processo judicial (ZANETI, 2016, p132).

Da mesma forma que Zaneti busca em sua obra, este trabalho procura, de certa forma e na medida dos limites deste texto, indicar a interpretação jurídica como etapa necessária e visível do processo de aplicação do direito e, conseqüentemente, controlável mediante a exigência de expressa fundamentação, solução de colisões de direitos fundamentais por ponderação, ou por outro método.

É sabido que a questão da interpretação dos textos legais foi uma eterna disputa entre legislador e o juiz. Não há como negar que no atual estágio da ciência jurídica e da hermenêutica, que os textos constitucionais, legais ou precedentes, não valem por si mesmos, não contém uma clareza que os isente de interpretação (ZANETI, 2016, p133).

É como aponta Zaneti:

[... não significa que a lei não tenha um importante papel na interpretação, não significa abandonar – sem querer ônus argumentativo o senso comum dos juristas, a doutrina, a jurisprudência e especialmente os precedentes, que, como textos, também são objeto de interpretação ...] (ZANETI, 2016, p 133)

Portanto, é correto afirmar que, independentemente das circunstancias trazidas pelo caso em concreto, para conferir-lhe solução, o julgador, deve se utilizar da interpretação do texto legal, afim de extrair as normas que lhe regulamentam.

Não obstante, é preciso que se faça de maneira sistemática, utilizando métodos ou técnicas interpretativas capazes de extrair do texto legislativo a norma e conseqüentemente a solução das demandas levadas ao judiciário.

Por essa razão, o estudo da hermenêutica jurídica é indispensável para que se possa chegar ao ponto crucial de resolução deste trabalho, porquanto, pode-se observar que independentemente do problema enfrentado pelo magistrado ao julgar, sempre haverá uma forma de solução já existente, que seja obediente a ordem constitucional.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

Em razão da atuação do judiciário nas questões políticas, é imperioso que se faça uma análise face ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Por antemão, é fundamenta que se faça análise das principais características do Neoconstitucionalismo, o distinguindo da Constituição e do Constitucionalismo.

De forma direta, evidencia-se nos ensinamentos de Paulo Bonavides (2017, p80), que a Constituição é o documento político que cuida da estruturação, organização de funcionamento do Estado.

As primeiras Constituições foram elaboradas tendo por base nos pensamentos emergidos a partir do século XVIII com o movimento político, cultural e científico do iluminismo. As Constituições além de tratar de matéria Estatal passaram a instituir direitos e garantias fundamentais. Assim, as constituições foram usadas para positivar direitos políticos, sociais e econômicos, chegando aos nossos dias a proteger até direitos ligados ao meio-ambiente. É como explana o autor ao definir o conceito material de Constituição:

Do ponto de vista material, a constituição é conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competências, ao exercício da autoridade, à formação de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individualmente como sociais. (BONAVIDES, 2017, p80)

Para Bonavides então, tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Debaixo desse aspecto, Bonavides acerta que não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja.

No tocante ao Constitucionalismo, pode ser entendido como um sistema de expansão da constitucional pelo mundo, seguindo as teorias liberais. Os modelos que serviram

de exemplo a tal expansão, foram países já estruturados politicamente, como a França e os Estados Unidos que tinham estrutura Estatal organizada por suas cartas constitucionais. Tal movimento expansionista, de forma indireta, influenciou as nações a necessidade de positivarem seus direitos numa Lei Maior, estabelecendo garantias individuais e limites ao poder Estatal, impedindo abuso de poder (BONAVIDES, 1999, p55).

Nesse contexto, também Bonavides aponta que a Constituição Política, é lei fundamental que organiza e confere poder ao exercício do Estado, que por sua vez organiza a estrutura interna e estabelece limites de atuação, “resultado, justamente, de um fenômeno histórico-cultural ocorrido na transição do Antigo Regime para a Modernidade. A esse movimento denomina-se, justamente, constitucionalismo (BONAVIDES, 1999, p56).

É sabido, que nos últimos tempos o Estado brasileiro, passa por transformações no âmbito do Direito Constitucional e da atuação do Poder Judiciário, são decorrência do fenômeno identificado como neoconstitucionalismo. Nas palavras de Daniel Sarmiento, “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como ‘neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2011, p73).

No tocante ao Neoconstitucionalismo, para Sarmiento, de forma mais aprofundada, apresenta soluções a luz da constituição por meio de utilização do conjunto de teorias que apresentam um ponto em comum nos seus desenvolvimentos, cria uma interface entre o direito principiológico com o direito Constitucional (SARMENTO, 2011, p73).

Nesse sentido, Daniel Sarmiento pontua que no modelo neoconstitucional, é possível ao interprete, não só aplicar a constituição de forma direta às relações sociais, como também é possível submeter uma análise a todas as normas e institutos dos vários ramos do direito à luz do texto Constitucional “emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetos e a axiologia da Carta.” (SARMENTO, 2011, p78)

Pode-se entender por fim que, a Constituição é documento político, já o Constitucionalismo é um movimento expansivo global, político e cultural e o neoconstitucionalismo é a aplicação sistematizada de várias teorias de direito que são aplicáveis aos casos sempre respeitando a ordem constitucional.

O Constitucionalismo, por ter emergido das revoluções liberais, se estruturou na soberania popular, governo representativo, subordinação do poder às leis, divisão dos poderes e ainda na proteção da propriedade e na liberdade dos cidadãos. (MELLO, 2013, p 03)

4.1 POSSÍVEIS CAUSAS E EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO: O SURGIMENTO DE EFEITOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

No cenário político atual, não raro o surgimento de novos casos em que o poder judiciário, legislativo e executivo tendem a suprir lacunas existentes entre si, ora por inércia legislativa, ora por motivos relacionados a impasses quanto a competência no dever de agir. Com efeito, o judiciário tem se mostrado um tanto quanto atuante em determinados casos de grande relevância política e social, de modo que a Judicialização em tempos atuais, está em grande evidência.

Luiz Roberto Barroso, indica que a Judicialização está para as questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral que estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2017, p 05).

Ainda neste sentido, justifica que:

Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito (BARROSO, 2017, p 05)

Barroso ainda aponta quais são as principais causas que derivam a Judicialização no mundo, principalmente no Brasil.

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. (BARROSO, 2017, p. 06)

Pontua ainda o ilustre professor Barroso que, no Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica e que o debate político, quando encontrar razão suficiente para análise mais aprofundada deve recorrer ao judiciário (BARROSO, 2017, p 06).

De tal modo, nota-se que, muitas das lacunas deixadas por outros poderes, por vezes ocorrem de forma proporcional e não por falta de recursos administrativos, visto por exemplo, que a atuação do legislativo poderia ensejar maiores repercussões que abalaria a reputação de quem quer ser reeleito. Notadamente os problemas que surgem em torno do assunto estão longe de cessarem.

Ainda nas palavras do constitucionalista Barroso:

Constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, 2017, p. 06)

Para Streck, a Judicialização decorre da necessidade da resolução de casos em que direitos fundamentais são inobservados por outros poderes republicanos, de tal modo expõe:

Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar toda a vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência – por

motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições. (STRECK, 2016, p. 04)

De forma pontual, Streck denota que a competência jurisdicional está voltada a apreciação dos problemas de legitimidade para atuar ou ainda quando a atuação de poderes ou instituições estão sujeitos a análise de sua constitucionalidade.

Eliane Spacil de Mello em sua obra, “A judicialização da política no Brasil”, aponta sobre o amplo acesso à justiça com o advento da Constituição Federal de 1988, da seguinte forma:

[...]o espaço constitucional foi ampliando, seja pela ampliação dos direitos fundamentais, seja pela organização dos poderes, bem como pela constitucionalização de novas matérias e, até mesmo, pela constitucionalização de novas categorias de direitos, como, por exemplo, os direitos sociais, à saúde, à cultura, à segurança social, ao ambiente, aos partidos políticos, etc. (MELLO, 2013, p 03).

Segundo Mello, outra questão importante é quanto as mudanças de comportamento jurisprudencial dos tribunais. Ocorre que estes passaram a agir nos vazios deixados pelos poderes representativos, de forma que essas alterações foram muitas vezes impulsionadas pelas mudanças interpretativas das Escolas Jurídicas, onde se constata a crise do Positivismo Jurídico, ocorrida muitas vezes por omissão dos poderes Executivo e Legislativo, entre outros fatores (MELLO, 2013).

No caso do Brasil, em específico:

No Brasil há uma distância grande que medeia entre o povo e seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos de Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor do poder (Costa apud Bastos, 2001, p 165).

Lenio Streck ao refletir sobre a efetivação dos direitos humanos e fundamentais nesta quadra da história é pensar também acerca das condições de possibilidade de sua efetivação (jurídica) em consonância com a democracia e os limites do direito, caso contrário muitas conquistas esconderão, na realidade, outros problemas. Direitos podem ser concedidos ad hoc? Uma decisão ativista não fere direitos fundamentais de outras pessoas que se encontram nas mesmas condições? (STRECK, 2016, p 02) Streck, justifica seu posicionamento dizendo:

[...] no contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial. (STRECK, 2016, p 02)

Barroso em contrassenso, defende que a atuação jurisdicional é inevitável e necessária, visto que quando rompido a inércia do magistrado é seu dever se manifestar julgando o caso de forma adequada.

É como pode-se notar na passagem:

[...] atuação do Judiciário não é uma opção política mas sim decorrente de circunstâncias do desdobramento institucional. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2017, p. 07)

Essas ideias espalharam-se no Brasil, tendo frutificado, notadamente, na literatura que versa sobre o controle judicial de políticas públicas. E isso ocorreu, muito provavelmente, por se tratar de campo de estudo situado no epicentro do debate sobre os limites e possibilidades do Poder Judiciário no desempenho da função de fazer atuar – muitas vezes diretamente, isto é, sem interposição legislativa – princípios constitucionais em situações concretas (BRUM, 2013, p 20).

O professor e doutrinador Lenio Streck destaca a importância de se discutir o direito juntamente com a democracia, suas possibilidades e sua força normativa. De modo que seria impossível validar o direito sem a legitimidade da democracia. (STRECK, 2016, p 03).

Nesse diapasão, exsurtem questões trazidas pelo autor, qual seria a fonte argumentativa que fundamenta uma decisão jurídica, ou ainda, quais seriam as circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, em sua interpretação do direito, não está substituindo os demais Poderes da República, legislativo ou executivo, proferindo argumentos de política ou de moral, entre outros? (STRECK, 2016, p 06)

Diante de tais questionamentos, pode-se notar a profundidade que trata este trabalho, sem ousar em querer esgotar o assunto que se mostra muitíssimo vasto e de difícil abordagem.

Lenio Streck, diante do problema em discussão, pontua que, mesmo longe de ser um mero exercício teórico, o modo como pode-se responder a essas indagações tem repercussões políticas e sociais que, em última instância, podem fortalecer ou fragilizar as pretensões (supostamente) emancipatórias.

Ainda afirma que:

Destarte, o grande desafio hermenêutico do direito no século XXI é controlar hermeneuticamente as decisões judiciais, especialmente diante do deslocamento da concretização dos direitos previstos na Constituição pelo Judiciário. Com a Constituição de 1988 tivemos a necessidade de buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). (STRECK, 2016 p 03)

Ainda nas palavras de Streck:

Com a Constituição de 1988 tivemos a necessidade de buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). A pergunta que se coloca é: de que modo poderia olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica está assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. (STRECK, 2016, p 03)

Streck, justifica que não há uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a essa nova realidade, tem-se gestado ao longo das últimas décadas a Crítica Hermenêutica do Direito.

Para o autor, a maior preocupação é que as decisões estejam intimamente ligadas a democracia, que é de onde se legitima todo o poder decisório. Dessa forma, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade

política, e não como uma escolha (livre) que deva ser avaliada pelas suas consequências. (STRECK, 2016)

Da mesma forma se posiciona Brito que:

“O poder legislativo do povo através dos seus representantes eleitos é a dimensão essencial da democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. (...) A teoria jurisdicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo”. (BRITO, 1995, p39)

Neste sentido, Mello nos ensina que:

[...] para a expansão do poder Judiciário no Brasil, sem dúvida, precisa da democracia, pois não seria possível tratar de política judiciária em regimes fechados. Porém, quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal, deve haver um maior aprofundamento e maior diversidade em suas abordagens, pois, mesmo apesar dos avanços que já obteve, ainda tem um longo caminho a percorrer para que se efetive de forma plena o processo de judicialização da política no Brasil. (MELLO, 2013, p10)

Streck ainda afirma que para obtenção de uma democracia estável, o direito ocupa um papel central na organização da engenharia institucional, ao definir as condições mínimas para o funcionamento do sistema político. (STRECK, 2016)

Ao mesmo tempo, o reconhecimento de novos direitos pelo Constitucionalismo Contemporâneo ocasiona uma atuação mais destacada do Poder Judiciário; essa situação, muitas vezes, é confundida pela comunidade jurídica como uma justificativa para decisões sem qualquer critério de racionalidade, baseadas na mais pura discricionariedade judicial. (STRECK, 2016)

Por consequência torna-se necessário enfrentar os desafios que tem o Poder Judiciário para – no limite, em face da incompetência dos demais Poderes – contribuir para a concretização dos direitos fundamentais.

Isso implica, fundamentalmente, enfrentar o tema a partir da necessária diferenciação entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política. Afinal, uma decisão constitucionalmente adequada também deve ser observada como um direito fundamental do cidadão. (STRECK, 2016)

Diante do tema, cabe evidenciar que, por conseguinte alguns motivos que levam à expansão do poder judiciário, quais sejam: colapso do socialismo, evolução da jurisprudência constitucional, os direitos humanos, as guerras mundiais, ativismo dos juízes entre outros.

Portanto é evidente a dificuldade de justificar ou conceituar a judicialização da política no Brasil, mas ficou evidenciado que é crescente o seu emprego devido aos problemas aqui trazidos. Não obstante, deve-se atentar a sua aplicabilidade e sua abrangência, pois em tempos atuais já surgem os efeitos colaterais da atuação descabida de membros do poder judiciário que atuam de forma livre e eivada de poderes que ultrapassam sua devida competência.

4.2. DO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão Ativismo judicial surgiu no Estados Unidos diante da atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969.¹² Ao

¹² A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, California Law Review 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores,

longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2017).

De forma curiosa, a expressão “ativismo judicial”, não teve origem no meio jurídico. A expressão foi apresentada na revista Americana Fortune, pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., no artigo intitulado “The Supreme Court: 1947 ”voltada ao público em geral. O jornalista, ao fazer uma análise quanto atuação dos juizes da Suprema Corte norte-americana, denominou alguns com a alcunha de ativista devido sua tendência liberal na atividade judicante.

A partir de então, a expressão passou a ser utilizada por constitucionalistas norte americanos, como forma de crítica aos magistrados que atuavam de maneira não correspondente com a opinião judicial dominante.

Atualmente, a expressão está sendo utilizada em larga escala no Brasil, tanto por quem denota o ativismo como uma boa prática, sob o argumento de que é indispensável a atuação mais ampla do judiciário, afim de oferecer remédio jurisdicional a todos os casos possíveis, quanto para quem critica a atuação sem limites do magistrado por violar direitos fundamentais oferecendo respostas jurisdicionais inconstitucionais e antidemocráticas.

Dentro desse contexto, é indispensável a análise doutrinária sobre o ativismo judicial, pois, sem dúvida é o fenômeno que se obtém, muitas vezes, quando se abre a possibilidade de escolha, desvinculada do magistrado, porquanto, sua margem de escolha está pautada no subjetivismo de sua consciência.

com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”. (BARROSO, 2017, p 08/09)

4.2.1 CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO ATIVISMO JUDICIAL

Barroso pontua que foram efetivadas pela corte améica, grandes transformações que ocorreram sem ao menos passar pelo Congresso ou decreto presidencial. Diante de tal atuação direta e atípica do judiciário norte americano, a expressão ativismo judicial, assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do judiciário (BARROSO, 2017).

Ao manifestar seu posicionamento em relação ao ativismo judicial no Brasil, Barroso se manifesta dizendo que o ativismo seria a solução de grande parte dos problemas, frente as fraquezas dos outros poderes. Nesta linha o ator aponta que:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2017, p09)

Ainda aponta Barroso que no Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. (BARROSO, 2017, p230)

Em análise ao posicionamento dos magistrados frente as casos citados acima, Barroso acredita que tais hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito. E isso parece muito adequado ao sistema

jurídico brasileiro para o constitucionalista e então Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha Barroso esclarece sua linha de raciocínio para justificar sua forma de atuar diante de casos em que há omissão ineficiência de um dos poderes que não o judiciário ainda afirma que:

[...]o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2017, p233)

Nota-se, que o assunto é de grande relevância e gera muita divergência doutrinária, pois, a atuação do judiciário de forma ativa, denota muitos efeitos colaterais. Ocorre que a atuação do magistrado que busca uma solução ao caso concreto, por mais bem intencionado que esteja, poderá estar se desvinculando ao ordenamento constitucional, provocando dessa maneira insegurança jurídica e antidemocrática.

Pode-se analisar em posições divergentes a de Barroso, os pontos indesejáveis que o ativismo poderá refletir em uma sociedade democrática de direitos.

Para tal, vale expor o posicionamento de Elival da Silva Ramos, que apresenta a seguinte definição de ativismo judicial:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativo invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010, p116).

Ramos ainda afirma que o ativismo judicial é uma atitude indesejável, que ofende de forma direta o princípio da separação dos poderes, porquanto implica a

“ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” (RAMOS, 2010, p116).

Tendo em vista as especificidades do ativismo judicial, pode se notar que ao longo da história, o Poder Judiciário tem sido alvo críticas por suas tomadas de decisões, especialmente quando estas envolvem questões de cunho político, de implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade. De tal modo, indispensável o estudo da Judicialização e posteriormente fazer a comparação e diferenciação com o ativismo judicial.

4.3 DA JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização da política, está ligada ao funcionamento das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Para Lenio Streck, o mal funcionamento ou o funcionamento inadequado das instituições resulta diretamente na tomada de decisões por parte do Judiciário.

Segundo Streck, quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.

Em consonância com o tema Lenio pontua:

Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar toda a vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições (STRECK, 2016, p04).

Embora o autor nesta passagem, destaca um lado positivo da judicialização, mais adiante destaca-se outros pontos em comparativo com o ativismo judicial, que é explicitado o lado prejudicial do fenômeno.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, constata-se que diante de temas de grande relevância política estão sendo analisados e decididos pelo judiciário, diante da atividade ou inatividade do poder executivo ou legislativo. A cerca do tema, Barroso acrescenta que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2017, p03)

O autor ainda afirma que a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2017, p03)

Para Barroso, existem três causas principais que derivaram o surgimento da Judicialização. A primeira foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. É destacado pelo autor que o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (BARROSO, 2017, p03).

Ainda afirma Barroso que a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Para o autor a segunda causa da judicialização foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Barroso explica que constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Em análise ao tema, é destaca pelo autor:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2017, p04).

Por fim, a terceira razão que derivou a judicialização segundo Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, por ser um dos mais abrangentes do mundo. Nesse sentido Barros explica:

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2017, p04).

Para o autor, o direito de propositura amplo, previsto no art. 103 da Constituição Federal, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2017, p04).

Não obstante o autor pontua que as decisões tomadas, deverão obedecer a parâmetros processuais objetivos, devendo manter-se inerte e somente se manifestar diante da provocação e fazendo assim obedecendo os limites dos pedidos formulados. “O tribunal não tem a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento” (BARROSO, 2017, p05).

Por conseguinte, a judicialização não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica do Judiciário, pois esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente. Ou pelo menos deveria.

A pergunta que não quer calar é: cabe ao Judiciário decidir as questões políticas, sociais e morais que envolvem a sociedade?

Embora não seja o objetivo deste trabalho responder especificamente este ponto, mas é certo que o assunto encontra lastro argumentativo suficiente para responder essa questão e muitas outras, porquanto a problemática que se quer pesquisar é bastante abrangente, não se restringindo no modo em que o magistrado deve pautar sua decisão, mas também, na amplitude de sua atuação, ou melhor dizendo, até onde vai sua competência.

É indispensável a resolução de tantas indagações que se faça primeiramente uma breve diferenciação entre ativismo judicial e judicialização, para que se possa traçar objetivamente os pontos de interface entre ambos e assim extrair os efeitos e consequências segundo a doutrina de ambos.

4.3.1 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO

Indispensável se faz expor a posição doutrinária a cerca das diferenças entre ativismo judicial e judicialização, embora alguns autores pontuam que ambos seriam sinônimos ou ainda se confundem, pode-se observar a diante que existem peculiaridades inerentes a cada fenômeno.

Para Barroso, judicialização e o ativismo judicial são primos. “Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens” (BARROSO, 2017, p06). Afirma ainda que não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

Em acordo com o que já foi mencionado no tópico da Judicialização neste trabalho, para o autor a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre

a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2017, p06).

Lenio Luiz Streck afirma que existem notórias diferenças entre ativismo judicial e judicialização. Que na verdade o problema do ativismo é muito maior e não deve ser posto no mesmo patamar da judicialização. Nesse sentido explica o autor:

Existe diferença entre esses dois fenômenos. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juizes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada (STRECK, 2016, p04).

O autor ainda pondera que, sempre existirá algum grau de judicialização da política em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Também já pontado em momentos anteriores deste trabalho que para o autor, faz-se necessário que o poder judiciário seja chamado a se pronunciar toda a vez que existir uma violação à carta magna por um dos poderes republicanos (STRECK, 2016, p04).

Dentro dessa ótica o autor explica que:

[...] a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial (STRECK, 2016, p04).

De tal modo, o autor finaliza afirmando que, questão que sofrem judicialização poderá derivar por consequência, uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa.

Mas também afirma o autor que todavia, é possível casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, porquanto concretizadora de direitos fundamentais ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Como diz (Streck

apud Oliveira, 2016, p04), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais (STRECK, 2016, p04).

De tal modo, pode-se entender que por isso uma coisa é o ativismo, outra é a judicialização.

5. PANORAMA DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO EXISTENTES

Neste capítulo, será abordado métodos interpretativos já superados por muitos doutrinadores modernos, para que se possa adentrar na teoria interpretativa contemporânea que pretende ser alvo de aprofundamento neste trabalho. Nesse aspecto, é de grande relevância a exposição de alguns conceitos da interpretação, visto que é o direito constitucional passara por considerável mudança paradigmática. Importa dizer que no mesmo sentido, busca-se aprimorar os métodos interpretativos, para que se possa chegar na resolução adequada dando-lhes respostas corretas, ou melhor dizendo, constitucionalmente democráticas.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Porque assim é, ela se socorre dos elementos tradicionais da interpretação jurídica em geral: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as particularidades das normas constitucionais e da interpretação constitucional levaram ao desenvolvimento, ao longo do tempo, de alguns princípios específicos de interpretação constitucional, princípios instrumentais que figuram como pressupostos metodológicos da atuação do intérprete: (BARROSO, 2017, p 10)

Diante da referida passagem, indispensável que se faça uma busca “um panorama” no que já está posto e superado para com as técnicas interpretativa, pautando-se como justificativa de motivos, para se utilizar das concepções mais moderna de interpretação e a crítica hermenêutica jurídica.

Nesse contexto, cumpre ao final, analisar a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck, para que se possa entender o ativismo como um problema, sob o viés de análise de caráter abrangente e sistematizado pelo autor.

Por ora, passa-se a expor apenas em caráter demonstrativo explicativo os métodos de interpretação já superados pela melhor doutrina.

5.1 INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL

Conforme já afirmado, para Tercio Sampaio Ferraz Jr., os métodos de interpretação são regras técnicas que visam à obtenção de um resultado, buscando orientar o interprete para os problemas de decidibilidade dos conflitos, sobretudo os problemas sintáticos, semânticos e pragmáticos (RAMOS apud FERRAZ JR., 2001, p. 282).

Os problemas sintáticos se referem tanto à conexão das palavras nas sentenças (questões léxicas), quanto à conexão de uma expressão com outras dentro de um contexto (questões lógicas), além da conexão das sentenças num todo orgânico (questões sistemáticas).

Quando se enfrenta uma questão léxica, falamos em interpretação gramatical, que parte “do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma” (RAMOS apud FERRAZ JR., 2001, p. 283).

A coerência entre o sentido da lei e o significado das palavras, segundo a concepção clássica, poderia ser buscada tendo em vista a vontade do legislador (*mens legislatoris*), ou seja, levando-se em consideração a época em que a lei foi elaborada (passado); ou a vontade da lei (*mens legis*), procurando atualizar o significado linguístico (presente).

A interpretação gramatical teve seu apogeu na Escola de Bolonha, no século XI, com o trabalho dos glosadores e pós-glosadores, que emitam comentários interpretativos sobre textos do direito romano. Esses comentários, nos quais prevalecia o sentido filológico, literal, eram postos em notas marginais ou apostas entre linhas, denominadas glosas. A partir do século XVI tais textos comentados passaram a serem denominados de *corpus júris civilis* (COELHO, 1981).

Os pós-glosadores, em razão da necessidade de aplicar na prática os preceitos interpretados pelos glosadores, formaram o *jus commune*, composto pela síntese do

direito romano, canônico e costumeiro. Contudo, com o desenvolvimento da jurisprudência ocidental, o método filológico foi perdendo sua importância, pois a letra da norma é apenas o ponto de partida da atividade de interpretação, mas não pode ser o único método hermenêutico utilizado pelo interprete (FERRAZ JR., 2001, p. 284-285).

5.1.1 INTERPRETAÇÃO LÓGICA

A interpretação lógica também é utilizada para solucionar problemas sintáticos com os quais se depara o interprete da norma jurídica, procurando descobrir o sentido da lei mediante a aplicação dos princípios científicos da lógica, enfrentando, portanto, questões lógicas da interpretação.

No contexto da hermenêutica clássica, a aplicação da interpretação lógica pode ocorrer no plano da lógica formal e da lógica material. Vejamos.

5.1.1.1. LÓGICA FORMAL

No que diz respeito à lógica formal, alguns são os princípios que podem ser utilizados para interpretar uma norma jurídica, dentre os quais:

- (i) Princípio da identidade – segundo o qual “o que é, é, o que não é, não é”. Isto significa que uma coisa é idêntica a si mesma e não ao seu contrário;
- (ii) Princípio da contradição – formulado a contrario sensu do princípio anterior, enuncia que “o contrario do que é verdadeiro é falso”; “a mesma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo”;

(iii) Princípio do terceiro excluído – também formulado a partir do princípio da identidade, pode ser chamado de princípio da exclusão do meio, enunciando: “duas coisas contraditórias: uma deve ser verdadeira, a outra falsa”. De acordo com esse princípio lógico formal, “não há outra opção entre a verdadeira e a falsa”;

(iv) Princípio da razão suficiente – segundo a qual “nada ocorre sem que haja uma causa determinante, isto é, tudo o que é tem sua razão de ser, todo o real é racional”. Este princípio, por sua vez, fundamenta os princípios da metodologia científica: (a) princípio da causalidade, segundo o qual toda mudança pressupõe uma causa; (b) princípio do determinismo natural, enunciando que sob idênticas circunstâncias, as mesmas causas produzem os mesmos efeitos; (c) princípio da finalidade, que pressupõe que toda atividade se dirige a um fim;

(v) Princípio do silogismo ou da tríplice identidade – incluído na lógica formal por Lalande, em substituição ao princípio da razão suficiente. Aplicando o princípio do silogismo temos que: “se A é B e B é C, então C é A. Neste contexto temos uma premissa maior, uma premissa menor e a solução do silogismo.

Tais princípios lógicos formais constroem a base da interpretação realizada por meio dos seguintes argumentos:

(i) A fortiori ratiōe (com maior razão) – argumento baseado nos princípios da identidade e da contradição. Pode ser empregado de dois modos: (1) a maiori ad minus (quem pode mais pode menos) – que autorizada interpretar norma jurídica, que tem abrangência sobre coisas menos importantes, no sentido de que ela se refere àquelas coisas que o interprete reputa como menos importantes que estão implícitas. Segundo esse argumento, quem pode doar, pode vender; quem pode vender, pode hipotecar; (2) a minori ad maius – segundo o qual se a lei proíbe uma conduta, estão implícitas nesta proibição as condutas menos importantes que a que foi expressamente proibida. Este argumento, contudo, encontra limites no princípio da legalidade, que exige a tipificação das condutas ilícitas. Em outras palavras: “não há crime sem lei anterior que o defina”;

(ii) A contrario sensu – “tudo o que não está expressamente proibido pelo direito está juridicamente permitido”. Este argumento deriva da suposição de que há uma plenitude hermética no ordenamento jurídico, também podendo expressar que “a inclusão de um no texto da lei implica a exclusão dos demais”. Como por exemplo: Lei do divórcio, art. 36, parágrafo único: “A contestação só pode fundar-se em: - falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial; II - descumprimento das obrigações

assumidas pelo requerente na separação”. A utilização da partícula “só” exclui do rol qualquer outra razão alegada.

(iii) A simili – refere-se ao raciocínio analógico, pelo qual se aplica a lei a situações não previstas, tendo em vista a semelhança delas com as situações expressamente previstas.

Além dos argumentos derivados da lógica formal, o interprete também faz uso de procedimentos argumentativos paralógicos, que não possuem o caráter inquestionável dos argumentos lógicos, dentre os quais destacamos:

(i) A rubrica – através do qual se utiliza o título ou súmula de norma para investigar o sentido da lei;

(ii) Ab auctoritate – aqui o interprete faz referência à doutrina, às decisões de juízes e Tribunais, para enfatizar o significado que se atribui à norma interpretada;

(iii) Pro subjecta matéria – tem estreita correlação com a interpretação sistemática, uma vez que consiste em enfatizar qual seria a vontade do legislador, investigada nos trabalhos preparatórios à elaboração da norma. Sendo também utilizado para revelar o sentido oculto da lei no contexto da lei maior em que se insere ou do sistema como um todo;

(iv) Ratio legis stricta – que significa: “em razão exclusiva da lei”, enfatiza o princípio segundo o qual, na clareza da lei, não haveria necessidade de interpretação;

(v) A generali sensu – é um argumento que amplia a extensão da lei, possibilitando uma interpretação extensiva desta.

5.1.1.2. LÓGICA MATERIAL

Diferentemente da lógica formal, que se baseia em princípios tidos por universais, a lógica material preocupa-se com o conteúdo da norma, utilizando-se de um processo científico para buscar meios extra-lógicos, como por exemplo, o sentido social e humano do direito (COELHO, 1981).

Quero dizer com isso que o procedimento lógico material vai além do texto que se quer interpretar, investigando a *ratio legis* (razão que fundamenta e justifica o preceito normativo), a *vis legis* (a virtude normativa do preceito), bem como o *occasio legis* (particular circunstancia do momento histórico que determinou a criação do preceito) (COELHO, 1981).

Como perceberemos no decorrer dos nossos estudos, prevalece na hermenêutica tradicional a utilização da lógica formal, com objetivos mais retóricos de demonstrar a validade formal da argumentação. Já na hermenêutica crítica prevalece a lógica material, enfatizando-se a busca do sentido social da norma.

5.1.2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Aliada às interpretações gramatical e lógica, a interpretação sistemática, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., possibilita ao interprete enfrentar os problemas sintáticos, no que se refere às questões sistemáticas, com as quais se depara o interprete da norma jurídica.

Neste contexto, a interpretação sistemática consiste em considerar o preceito jurídico interpretando como parte do sistema normativo mais amplo que o envolve. É assim que para compreender um determinado dispositivo do Código Civil de 2002, temos que considerá-lo dentro do sistema geral do código, ou mesmo em relação aos princípios gerais do direito civil ou do direito privado como um todo, além de sua compatibilidade de a Constituição Federal.

Com a interpretação sistemática também podemos fazer uso da utilização do direito comparado, procurando interpretar o dispositivo de acordo com a sistemática do moderno direito internacional. Tal forma de interpretação parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um todo hermético (plenitude hermética), ou seja, da noção de que a ordem jurídica deve ser entendida como um sistema fundado na hierarquia

das normas, como na Teoria Pura do Direito de Kelsen, que teremos oportunidade de estudar mais adiante. Por isso muitos autores consideram este procedimento uma derivação do processo lógico de interpretação, denominando-o de interpretação lógico-sistemática.

A teoria hermenêutica crítica, contudo, não encara a interpretação sistemática apenas pelo seu viés lógico, entendendo-a como uma ordem real, caracterizada por estruturas de poder. Sistema, portanto, passa a ser entendido como interdisciplinaridade, envolvendo o continente histórico, exigindo conhecimentos básicos de sociologia, economia, política e filosofia (COELHO, 1981).

5.1.3 INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA

No que se refere aos problemas semânticos, que dizem respeito ao significado das palavras ou das sentenças, fazendo surgir problemas de ambiguidade e vagueza, o interprete deve fazer uso da interpretação histórica, sociológica e evolutiva.

Na prática a interpretação histórica e a sociológica se confundem, uma vez que ao se buscar o sentido efetivo na circunstância atual ou no momento de criação da norma mostra que ambos se interpenetram, ou seja, “é preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese” (FERRAZ JR., 2001, p. 286).

Isto significa que a interpretação histórica objetiva esclarecer o sentido da lei por um trabalho de reconstituição do seu conteúdo original, tomando por base os documentos relacionados com a elaboração da lei e procura reconstituir as circunstâncias históricas que o ensejaram (COELHO, 1981).

Para o levantamento das condições históricas, Tercio Sampaio Ferraz Jr. Recomenda ao interprete que recorra tanto aos precedentes normativos, ou seja, as normas que

antecederam à nova disciplina, entendendo, assim, os motivos condicionantes de sua origem, quanto aos precedentes preparatórios (discussões parlamentares, emendas, votação etc.), para que se chegue ao *occasio legis*, isto é, “o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma” (FERRAZ JR., 2001, p. 286).

Fernando Coelho (1981) traz nomenclatura diferente, afirmando que a interpretação histórica trata de descobrir a *mens legislatoris*, ou seja, a intenção real do legislador na época em que a lei foi elaborada. Não devendo, contudo, restringir-se ao exame dos documentos históricos, atribuindo a importância devida às circunstâncias histórico-sociais, que redundaram na norma, levando em consideração:

- (i) As fontes próximas – que precederam a elaboração da lei de forma imediata, como por exemplo: anteprojetos e projetos de lei, declarações de motivo, levantamentos estatísticos, planos de governo, etc. Ou seja, Fernando Coelho chama de fontes próximas, o que Tércio Ferraz denomina de precedentes preparatórios;
- (ii) As fontes remotas - que abrangem as circunstâncias mais longinquamente relacionadas com o preceito, inclusive os elementos filosóficos, éticos, religiosos e sociológicos que vieram repercutir na vontade do legislador.

Neste sentido, a interpretação histórica teria por meta questionar a *occasio legis* na busca do sentido original do preceito que, “após as transformações da história, deverá ser adaptada às condições sociais cambiantes” a *mens legislatoris*, ou seja, a intenção real do legislador na época em que a lei foi elaborada. Não devendo, contudo, restringir-se ao exame dos documentos históricos, atribuindo a importância devida às circunstâncias histórico-sociais, que redundaram na norma (COELHO, 1981, p. 217).

Fernando Coelho (1981) ressalta, ainda, que a teoria crítica adota a interdisciplinaridade como fundamental na interpretação histórica, uma vez que a história do direito não é simples crônica do passado, mas uma construção ou reconstrução dos sistemas jurídicos históricos, adaptando a experiência do passado à experiência do presente, uma vez que aquela só tem sentido como reveladora da ideologia que condiciona o presente.

5.1.4 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E AXIOLÓGICA

Por fim, as questões pragmáticas de interpretação reportam-se à carga emocional dos símbolos, aos valores atribuídos às expressões, podendo ser solucionadas através da interpretação teleológica e axiológica. A regra básica do método teleológico é a de que sempre é possível atribuir um propósito às normas, mas nem sempre essa finalidade é clara. Neste sentido é o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que: “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Assim, uma típica interpretação teleológica e axiológica postula fins e valoriza situações (FERRAZ JR., 2001, p. 288).

O método teleológico teve Ihering como seu principal precursor, como melhor detalharemos ao estudar os principais sistemas interpretativos da modernidade. Segundo a teoria do fim do direito de Ihering, o método teleológico afirma que no campo do direito o conceito de fim substitui o de valor. Dessa forma, a interpretação finalística ou teleológica aspira compreender o direito do seu ponto de vista funcional, ou seja, a norma jurídica cumpre uma finalidade, que justifica sua existência (WARAT, 1994, p. 82).

O método teleológico torna explícita, neste contexto, a exigência de que a interpretação sobre um texto legal se norteie pelas consequências sociais que procurada ou pelos fins que orientam a norma, ou seja, pelas consequências sociais antecipadamente previstas (WARAT, 1994, p. 82).

Como se depreende do exposto, também o método teleológico pressupõe que a lógica formal não é suficiente para solucionar os problemas do direito, devendo o interprete levar em consideração a realidade concreta, os interesses vitais e os fatos sociais que constituem as fontes da produção jurídica (WARAT, 1994, p. 83).

A dificuldade deste método repousa em encontrar uma forma de determinar o que seria esse interesse social, esse fim social, que mereça ser protegido. Isto porque vivemos numa sociedade plural, na qual cada seguimento identifica suas prioridades,

gerando um conflito entre os mais diversos fins possíveis de serem imputados à norma. Na prática, tal problema é resolvido pela imposição do poder político com que conta cada setor, “que o permite a erigir em interesse social seu próprio interesse, muitas vezes disputado com aquele” (WARAT, 1994, p. 84).

6. O DEVER DE INTERPRETAR CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE CRIAÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS

Diante da maior atuação do judiciário, surgem a questão-ponto crucial deste trabalho, como as decisões devem ser construídas pelo magistrado. De tal modo, é indispensável que se faça a correta recepção teórica que seja compatível com a realidade brasileira, para que não surja problemas ainda mais graves na aplicação do direito. (BONAVIDES, 2017)

A priori deve-se ressaltar que os métodos interpretativos evidenciados no capítulo anterior, embora ainda usados pelos tribunais brasileiros, mostra-se o tanto quanto iminente ao ativismo jurídica, visto que o próprio fato da escolha entre um método ou outro, já evidencia a discricionariedade judicial face à realidade posta no caso concreto.

Nesse sentido Streck aponta que:

[...] há que se ter cautela com recepções teóricas (equivocadas) que não se coadunam com a realidade brasileira ou que “escondem” posturas subjetivistas, casos da Jurisprudência dos Valores ou da Ponderação Alexyana, ou sua versão tupiniquim. Nesta quadra da história temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade, dos donos dos sentidos para os sentidos que ocorrem em um a priori compartilhado[...] (STRECK, 2016, p04).

O autor ao justificar o posicionamento em que é necessário levar a sério a correta interpretação e aplicação teórica que a constituição brasileira recepcionou, sendo assim, em vez de decisões discricionárias, das escolhas, ocorreriam decisões lastreadas em uma construção democrática do direito. Sendo assim, para Streck, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, teriam direito fundamental à obtenção de respostas corretas adequadas à Constituição. Assim Streck assevera que:

Mais do que isso: a concretização dos direitos fundamentais requer a obtenção de respostas adequadas à Constituição. Trata-se de um direito

(humano) fundamental do cidadão, ou seja, o cidadão tem o direito a uma accountability hermenêutica. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental (STRECK, 2016, p04).

Por fim Streck indica que o dever funcional do magistrado são complementares que representa uma blindagem contra interpretação [sic] “deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”.

Nesse diapasão, surge o interesse de buscar soluções para os problemas atuais, causados pela liberdade decisória conferida aos magistrados, quando há uma real dificuldade na aplicação do direito ao caso concreto, ora por inexistir solução legislativa, outrora por não existir precedentes judiciais ou ainda por dificuldades alheias à práxis do magistrado, que o leva a decidir conforme seu entendimento subjetivo e desvinculado ao bom direito. Nesse sentido ensina Bonavides que:

A chave da inteligência dos textos constitucionais está, pois, em eleger um método volvido para a análise de toda a realidade circunjacente ao exercício do poder, a qual determina, em cada época e a cada passo, o sentido e a natureza das regras inscritas no código supremo. Daqui se infere a fundamental importância da hermenêutica constitucional, bem como a impossibilidade de versar a matéria jurídica pertinente à organização dos poderes e ao estatuto das liberdades sem arrimo numa teoria material da Constituição; para a qual, desde já, convergem as tendências mais em voga do constitucionalismo contemporâneo (BONAVIDES, 2017, p07)

Nesse contexto, inevitável que se faça um aprofundado estudo da hermenêutica jurídica, afim de entender quais são seus elementos, suas vertentes de utilização para com o judiciário, afim de se chegar ao melhor posicionamento acerca e mecanismo inibitório da utilização discricionária e ativista dos magistrados.

6.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

Para que se possa falar em hermenêutica jurídica, é indispensável que se faça previamente, análise quanto ao surgimento da hermenêutica, e sua utilização como técnica que oferece elementos capazes de interpretar o Direito. Da mesma forma, deve-se estabelecer o ponto crucial entre a interpretação e a hermenêutica.

Nos ensinamentos de Freire (2009, p73), extrai-se que, o sentido etimológico da palavra “hermenêutica” tem derivação do grego hermeneia, oriunda da mitologia antiga, porquanto foi conferido ao Deus Alado Hermes filho de Zeus, que por seu turno, era responsável por interpretar a linguagem dos deuses aos homens.

O mensageiro dos deuses, “Hermes, filho de Zeus”, detinha a capacidade de transmitir aos humanos todas as mensagens enviadas dos Deuses, pois, já que a linguagem dos deuses não seria compreensível aos mortais. Nesse sentido, a palavra hermenêutica sugere o processo de tornar compreensível (FREIRE, 2009, p73).

Quanto a palavra “interpretação”, por sua vez, é termo derivado do latim, correspondente a interpretare (inter-penetrare), tem por significado, penetrar de forma mais aprofundada, faz referência às práticas de feiticeiros antigos, que tinha o costume de introduzir as mãos no interior de animais mortos afim de tocar-lhes as entranhas, com o objetivo de descobrir as respostas de problemas do cotidiano dos seres humanos e também prever acontecimentos futuros. (FREIRE, 2009, p73-74). Sobremaneira, a palavra interpretação quando está para o Direito, tem a função de extrair sentido conferido pelo legislador ao sistema normativo, conferindo resposta aos casos concretos.

Embora ter origem e sentidos distintos, não raro o emprego dos termos “interpretação” e “hermenêutica” como sinônimos, mas como pode-se prever, ambos têm origens e sentidos diferentes, não podendo ser confundidos a rigor, para tanto, imperioso que se faça aprofundamento teórico sobre a diferenciação dos dois termos.

Nos ensinamentos de Limongi França, o termo hermenêutica se refere à:

[...] parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira”. Já “interpretação” consistiria em “aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais (FRANÇA, 2009, p. 19).

Limongi França faz ao se referir aos “textos legais”, não se restringe fazendo menção apenas à “lei”, em sentido estrito, porquanto conhece seus limites para exprimir o direito. Nessa linha, quando se fala em hermenêutica, ou mesmo quanto a

interpretação, deve-se apontar ao “direito que a lei exprime”, com intuito de alcançar a sentido da norma, pois, por vezes, a intenção legislativa ao criar o texto normativo não traz clareza e objetividade (FRANÇA, 2009, p. 19).

Por seu turno, pode-se aprender com os ensinamentos de André F. Montoro, que no tocante à interpretação seria a forma de “fixar o verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica” (MONTORO, 2000, p. 369). Também opinando sobre o conceito da hermenêutica, o autor aponta que, está para “a teoria científica da interpretação” (MONTORO, 2000, p. 369).

O autor, ainda conceitua a interpretação sob análise da composição de três elementos: 1º Fixação de sentido; 2º Alcance; 3º. Norma jurídica.

Montoro assevera que, a norma jurídica é produto derivado da convivência social e cultural, de tal forma, é de suma importância buscar o real significado ao interpretar o Direito, atribuindo sentido ou finalidade da norma para a vida real, atribuindo ao interprete o dever de buscar, dentro da subjetividade de seus pensamentos, o mais apropriado, correto e jurídico, porquanto cabe exclusivamente ao interprete aplicar a norma ao direito. (MONTORO, 2000, p. 370).

Nesse linha, é competência do interprete a delimitação do alcance do preceito normativo, ou seja, definir sua abrangência. Não raque que haja normas com o mesmo sentido, mas com extensões diferentes (MONTORO, 2000, p. 370).

Por fim, é indispensável ao conceito de interpretação que se faça uma análise quanto as noções de norma jurídica.

Ainda se utilizando dos ensinamentos de Montoro, não se deve restringir a amplitude que tem o sistema interpretativo, pois não só as leis precisam de interpretação, mas também os tratados, convenções, portarias, decretos, testamentos etc. Sobremaneira, Montoro, opina que se utilize sempre “norma jurídica”, expressão que “abrange, em sua acepção ampla, desde as normas constitucionais até as normas contratuais ou testamentárias, de caráter individual” (MONTORO, 2000, p. 370-371).

É extraído ainda de Montoro que, não há que se falar em inaplicabilidade da técnica interpretativa, quando se está diante de um texto legislativo considerado claro sem dificuldades de entendimento, uma vez que sempre é necessário determinar o sentido e o alcance da norma jurídica. O autor acerta em dizer que, a clareza de um texto é relativa, ou seja, o que é claro para um, pode não o ser para outro. Pontua também que a clareza de determinado texto, quando está sendo utilizado de forma vulgar, pode ser considerado simples de sentido, mas pode ter outro sentido técnico-jurídico (MONTORO, 2000, p. 371).

De forma pontual, pode-se aprender com Carlos Maximiliano, em sua obra **“Hermenêutica e Aplicação do Direito”**, pondera que a hermenêutica tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”. Por outro ângulo o autor afirma que a “hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2003, p. 1 grifo nosso).

Por interpretação Maximiliano aponta que está para a relação entre o texto abstrato, porquanto, segundo o autor as leis positivas são formuladas em termos gerais, e o caso concreto, para tanto, seria necessário “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão”. Sobremaneira, interpretar seria encontrar a real extensão de aplicabilidade normativa (MAXIMILIANO, 2003, p. 1).

É de grande relevância indicar que, para Maximiliano, a hermenêutica está para as conclusões da filosofia jurídica, sistematizando, organizando e criando novos processos interpretativos. Não há como discordar, portanto, que para o autor, a interpretação é a aplicação da hermenêutica. De forma que, a hermenêutica por meio de sua utilização, aponta para os princípios que regem a interpretação (MAXIMILIANO, 2003, p. 10).

Com isso, pode-se concluir que o termo hermenêutica refere-se à ciência da interpretação, enquanto interpretação significaria determinar o sentido e o alcance da norma jurídica.

Não menos importante, fazer menção ao pontual posicionamento de Nagibi Slaibi. Para o autor, a hermenêutica constitucional, que é amplamente utilizada enquanto método de estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, porquanto fornece técnicas para interpretação no qual o interprete aplica a norma extraída do texto normativo, fazendo incidir no caso concreto (SLAIBI, 2011, p1).

6.1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Em meio análise e aprofundamento doutrinário aqui trazido, acerca do neoconstitucionalismo, surgiu o anseio no desenvolvimento de estudo sobre a hermenêutica constitucional como mecanismo de criação e garantia de direitos, vez que, por meio dos métodos de interpretação, o Judiciário diz a vontade da Constituição.

Nesse contexto, surge uma nova hermenêutica constitucional que é motivada pelas insurgências dos direitos fundamentais e da nova visão que se passa a ter sobre a força dos princípios e a aplicação dos mesmos. Diante disso percebe-se a ocorrência de uma jurisdição constitucional criadora e protetora dos direitos fundamentais, evidenciando, a velha hermenêutica como dispensável para a aplicação da vontade Constitucional. Nesse sentido:

Uma nova semântica se apresenta e a judicialização da política se concretiza por meio da aplicação das normas constitucionais e do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, acenando para o protagonismo do Judiciário e para o tão discutido ativismo judicial, no reflexo de um novo constitucionalismo, denominado neoconstitucionalismo, e de uma nova hermenêutica constitucional. (NELSON, 2013, p02)

Portanto, foi, imprescindível avaliar as premissas e a evolução do chamado neoconstitucionalismo em capítulos anteriores. Dessa forma pode-se avançar afim de quebrar paradigmas e fazer surgir novos caminhos que trilhem capazes de vislumbrar

a ocorrência da democracia e da vontade constitucional, e assim pode-se afastar das do posicionamento doutrinário descalibrado do seu, cujo representam barreiras frente à efetivação dos valores da Constituição e à realização democrática.

6.1.2. HERMENEUTICA JURÍDICA COMO BASE DECISÓRIA

A interpretação está inserida em todos os atos e cotidianos da vida do homem, porquanto, é preciso utilizar de meios pelo qual a mente humana entende o significado das coisas. Nessa linha de pensamento, questiona-se, afinal, qual é o limite ou ponto crucial da distinção entre a interpretação e das demais formas de hermenêutica?

Nas lições de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, as palavras são utilizadas para disciplinar normas jurídicas na conduta humana e, muitas vezes, o legislador usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas lhes atribui um sentido técnico, diferente do comumente usados, o que gera uma tensão quando da aplicação da norma jurídica. Assim, a hermenêutica dogmática teria por função prática a “determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos” (CHIARA apud FERRAZ JR., 2001, p. 251-252).

Sobremaneira, o Jurista tem o dever de determinar a força do alcance que é proposto pelo texto normativo, com finalidade de encontrar dados que possam ser utilizados para solucionar problemas trazidos ao seu conhecimento. Sobremaneira, o jurista é responsável pelo correto conhecimento do conteúdo para fins decisórios.

Ou seja, “a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento” (RAMOS apud FERRAZ JR., 2001, p. 252).

Nessa linha de raciocínio, Ferraz Jr., esclarece que quando o, ao interpretar a palavra “dignidade”, deve se atentar para o real aprofundamento e extensão do sentido atribuído pelo legislador para aplicar a norma constitucional, que garante a todos a

devida garantia inerente de todos os cidadãos. Viver no país também pode significar uma passagem permanente ou temporária. Há, ainda, os que possuem dois domicílios, dentre tantas outras particularidades, que torna difícil a determinação de um sentido básico para uma norma jurídica, tornando imprescindível que se encontrem regras para a determinação das palavras ou signos linguísticos (RAMOS apud FERRAZ JR., 2001, p. 252-253).

7 CONSIDERAÇÕES A CRÍTICA HERMENEUTICA DO DIREITO(CDH) DE LENIO STRECK

É inegável que o perfil ativista traçado pelas decisões discricionárias, somente pode ser enfrentado em face da existência de uma teoria da decisão judicial, tal qual a desenvolvida pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck, que, em uma imbricação de Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, culmina na afirmação da necessidade de respostas corretas no Direito, compreendidas como decisões judiciais constitucionalmente adequadas.

Lenio Streck não se limitou àquilo que poderia trazer um bom livro de teoria ou de crítica. A análise que nos é apresentada inaugura um universo teórico que certamente nos traz novos parâmetros para o exame da crise do direito e sua superação. [...] (TASSINARI apud STEIN 2014, p 182)

Nas lições de Clarissa Tassinari, pode-se entender o posicionamento do professor Lenio diante do problema do ativismo na atualidade:

[...] o ativismo judicial aparece como um problema, carregado de um pragmatismo¹⁹⁹ que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à *brasileira*, perigosa, porque vinculada à um ato de vontade do julgador. Assim, em um ambiente predominantemente tomado por posturas que incentivam e aceitam a necessidade do ativismo judicial para concretizar direitos no Brasil, Lenio Streck, em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, apresenta uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país. (TASSINARI, 2012, p 184)

Lenio chama a (CHD) de método hermenêutico, porquanto fala-se de mudança de paradigma. Segundo o autor não há como do novo sem se falar nos velhos paradigmas devido sua força. Para tanto, para falar do assunto, o professor Lenio criou e adaptou o que se chama de alegoria do Hermeneuta” em um caso criado no livro com fulcro em materializar suas ideias a respeito da (CHD).

Conta o professor uma fábula em que “o hermeneuta chega à ilha e constata que as pessoas desprezam a cabeça e o rabo do peixe em tempos de crise, independentemente do tamanho da panela. O hermeneuta não se contenta com a resposta que os ilhéus dão ao caso, e assim o hermeneuta revolve o chão linguístico

fazendo uma desleitura, fazendo com que o fenômeno surja naquilo que é na originalidade.

Assim buscar respostas junto a senhora mais velha da ilha, esta explica que antigamente os peixes eram grandes e as panelas pequenas, porquanto os pescadores desprezam a cabeça e o rabo do peixe.

Esse era um costume que se estabeleceu, nesse diapasão conta a história de Lenio que muito embora, em tempos atuais os peixes sejam menores, as panelas maiores e os peixes faltantes, mesmo assim os nativos continua cortando o rabo e a cabeça dos peixes.

Diante de um possível questionamento, os nativos adeptos aos desconheciam a motivação da prática, e só a fazem por que sempre se fez dessa forma na ilha. (STRECK, 2011)

Eis o senso comum, expressão adotada por Lenio, sendo o ponto central da pesquisa do professor, na medida em que ainda entende sempre tenta resgatar Luís Alberto Warat, no rico conceito de sentido comum teórico, de modo que se desmistifique e aquilo que faz com que as camadas de sentido que historicamente são postas, sobrepostas e justapostas sobre os fenômenos sejam tiradas aos poucos naquilo que, é chamado pelo autor na visão dos estudos em Stain, “as desleitura”.

Nesse contexto explica Streck, que fazendo as desleitura, é possível revolver o chão linguístico onde está assentada a tradição, e assim pode-se reconstruir a história institucional do fenômeno e esse fenômeno já não será mais o que está posto, mas sim um outro fenômeno que está [sic] “descascado”. (STRECK, 2011)

Adeptos a essa corrente, hoje com livros e dissertações, pode-se encontrar em Danilo Pereira Lima, Clarissa Tassinari com o livro “Ativismo Judicial”, Adalberto Hommerding, Mauricio Ramires e também nessa mesma linha Osvaldo Toscana, entre outros.

De tal sorte, é utilizado pelos adeptos a Crítica hermenêutica do Direito (CHD), se valem do método, entre Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, na antropofagia

daquilo que Gadamer estabelece como hermenêutica filosófica, e aproveita da filosofia hermenêutica e faz uma imbricação com a teoria integracionista, cujo fundo recupera a noção de tradição, que é estabelecido pelos aludidos autores uma teoria nova, chamada Crítica Hermenêutica do Direito. (STRECK, 2011)

Não há como negar que hoje o movimento da (CHD), é de grande relevância para o Brasil, que tem uma baixa condicionalidade, em que os códigos são velhos, mas não só por este motivo, por estar diante de um novo código de processo civil e assim pode-se ter condições de estabelecer atribuições de sentido para uma constituição rica em direito, que pode-se considerar compromissória e ainda dirigente que está para um país de realidade carente de direitos.

O ponto crucial neste sentido é saber os limites do judiciário, pois a corrida do judiciário na busca a concretização dos direitos acaba por criar o perigo daquilo que pode-se chamar de juristocracia. De tal modo, as pesquisas em torno da (CHD), entre outras coisas, hoje, busca-se a autonomia do direito para demonstrar os limites da aplicação do judiciário, também do Ministério Público, preservando assim a autonomia do direito, evitando assim os predadores do direito, endógenos e exógenos do direito em um país que uma [sic]“ressaca” interpretativa fez com que surgisse uma série de teorias ativistas e revisionista que causaram um agigantamento do judiciário causando um caos interpretativo no Brasil. (STRECK, 2011)

Sobremaneira esse crescimento na atuação do judiciário, ora irrigado pela doutrina ativista, é lastreado de riscos, porquanto põe a própria democracia em um ambiente de instabilidade e fragilidade. Nesse sentido, a (CHD), tem um nítido viés hermenêutico no sentido da preservação de textos para fazer com que o direito tenha as condições de ser emancipatório, pois, se for substituído pela moral ou outras questões, perde sua autonomia.

7.1. APORTE A UMA NOVA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

Nas lições de Carissa Tassinari, em seu trabalho de pós graduação em nível mestrado, pode-se encontrar o fim proposto na (CHD) por Lenio Streck e por este motivo, é essencial a demonstração do estudos da aludida autora.

Inicialmente é genial a proposta trazida na passagem:

A busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, o engendrou: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade. (TASSINARI apud STRECK)

Em análise ao trabalho da aludida autora, Tassinari aponta o fortalecimento de uma proposta que considerasse as peculiaridades da realidade jurídica brasileira, o que, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, assumiu como pressuposto a defesa intransigente da Constituição a solução do problema das recepções teóricas equivocadas e de suas mixagens. Ainda acerta Tassinari:

A resposta aos “predadores do direito” foi a afirmação de sua autonomia, que através do Constitucionalismo Contemporâneo transformou o modo de conceber a articulação entre Direito e Moral, redefinindo o papel dos princípios. Neste contexto, o ativismo judicial, compreendido nos marcos deste trabalho como um ato de vontade do julgador, desafia a teoria do direito a superar o elemento que dá sustento a tal postura: a discricionariedade. Como enfrentar este problema? (TASSINARI, 2012, p 259)

Quando começaram a surgir os primeiros posicionamentos diante das transformações constitucionais decorrentes do segundo pós-guerra, a maioria dos autores reconheceu a necessidade de se repensar o modo como compreender a interpretação no Direito. Para um novo constitucionalismo, era necessária uma nova teoria da interpretação. E, assim, o ambiente acadêmico foi tomado por reflexões que preponderantemente visavam a se distanciar da dicotomia existente no âmbito interpretativo: o debate que se direcionava ora para a busca pela vontade do legislador, ora para a vontade da lei. (TASSINARI, 2012, p 259)

A referida autora ainda esclarece que, “evidentemente, as tentativas de ruptura com as tradicionais metodologias de aplicação do Direito (ainda assentadas na subsunção)

representaram uma significativa mudança para o cenário constitucional brasileiro”. Contudo, não era suficiente ao novo constitucionalismo que fossem abandonadas as já conhecidas estratégias interpretativas. Não bastava o surgimento de uma hermenêutica crítica: era preciso que esta nova teoria fosse desenvolvida de modo a responder à indagação feita logo acima – como resolver o problema da discricionariedade?

Em análise à proposta de Lenio Streck, Tassinari indica que a proposta do ora autor se apresenta diferenciada: “não consiste apenas em dar uma nova tônica à interpretação do Direito, mas em perceber que esta superação da discricionariedade somente é possível pela via de uma decisão judicial que esteja alicerçada sob pressupostos democráticos”. Por isso, pôr em xeque o caráter discricionário da decisão implica outra pergunta fundamental: como decidir? (TASSINARI, 2012)

O Constitucionalismo Contemporâneo responde bravamente a este questionamento com a construção de uma teoria da decisão judicial, compreendida como condição para se obter respostas constitucionalmente adequadas no Direito.

Elaborada com o fito de enfrentar o protagonismo de juízes e tribunais, a teoria da decisão judicial de Lenio Streck constitui uma proposta hermenêutica de amplo espectro, mas que se estrutura a partir de quatro elementos centrais:

Um novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitado pelos aportes da Filosofia, compreendida não como uma filosofia ornamental ou de orientação, mas como *standard* de racionalidade. Neste sentido, a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciando a dimensão interpretativa do Direito, seja através da desmistificação dos conceitos jurídicos como enunciados com conteúdos determinados a priori, seja a partir da diferença entre texto e norma (que, segundo Streck, é ontológica). (TASSINARI, 2012)

A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo separado de sua aplicação, mas como um acontecimento unitário, denominado pelo filósofo alemão de *applicatio*.²⁷³ O ato aplicativo do Direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (*Auslegung*) e passa a ser concebido como atribuição de sentido (*Sinngebung*), que ocorre através de um

contexto de intersubjetividade, transformação através da qual Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador). (TASSINARI, 2012)

b) Por sua vez, da teoria do direito de Ronald Dworkin é extraído o segundo elemento estrutural da nova teoria da interpretação que compõe o Constitucionalismo Contemporâneo: a responsabilidade política dos juízes. Segundo Streck, se o advento do Estado Democrático de Direito tensionou a relação entre os Poderes em direção à esfera jurisdicional, também obrigou/responsabilizou os juízes perante à sociedade, especialmente porque O Judiciário passou a decidir questões que envolvem direitos sociais. Assim, incorporando a noção de integridade do Direito²⁷⁵ presente na obra de Dworkin, que se traduz na ideia de Direito considerado como um todo (que se volta ao tratamento equânime e igualitário na busca da melhor justificativa para as práticas jurídicas) ²⁷⁶, Streck afirma que os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade. Esta responsabilidade política dos juízes se desdobra, também, em um dever de fundamentação, que advém, de forma secundária²⁷⁷, da própria dogmática constitucional brasileira (art. 93, IX, da Constituição), conformando, assim, o terceiro elemento da teoria de Streck. Este dever de fundamentar se desdobra na diferença entre decisão e escolha: “a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito) ²⁷⁸; Por fim, esta exigência de fundamentação não se dá em quaisquer termos, mas a partir do que Lenio Streck passou a chamar de respostas constitucionalmente adequadas (quarto e último elemento que dá estrutura à sua teoria da decisão). Com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam a força normativa do texto constitucional. Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta (que não é nem a única, nem a melhor, mas a resposta adequada ao caso), também inspirada no posicionamento de Dworkin ²⁷⁹, há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal posicionamento revela-se como âmago do constitucionalismo democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição.

Dessa maneira, firmada pela (CHD) por Lenio Streck, Clarissa Tassinari evidenciou de forma categórica, os quatro principais elementos que permitem afirmar que o Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de uma nova teoria da interpretação, possibilita uma resposta que enfrente o ativismo judicial e o seu intrínseco problema da discricionariedade judicial. (TASSINARI, 2012)

.Por fim, mister se faz salientar que o propósito do Constitucionalismo Contemporâneo proposto por Lenio é fundamental para om a comunidade jurídica contemporânea, pois vislumbra levar o direito a sério, neutralizando a postura protagonista do juiz, e por consequência sua discricionariedade.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se concluir que, com o a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito no Brasil bem como o surgimento dos direitos de terceira geração na década de setenta, que foi marcado pelo constitucionalismo da tradição jurídica que se estabeleceu no mundo contemporâneo sob o viés de Constituição como estatuidora de limites ao governo e aos Estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro, evidenciando o judiciário como salvaguarda para eventuais rupturas, em especial através controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, sobrevieram muitas mudanças, inclusive o sistema decisório dos tribunais e superiores e instancias inferiores.

Com a atuação do judiciário nas questões políticas surgiu então o chamado neoconstitucionalismo, porquanto, houveram grandes mudanças relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais. Sobremaneira, foi visto neste trabalho que, com o surgimento de novos casos em que o poder judiciário, legislativo e executivo tendem a suprir lacunas existentes entre sí, ora por inercia legislativa, ora por motivos relacionados a impasses quanto a competencia no dever de agir.

Logo, com o surgimento dos efeitos colaterais face as decisões de forma desvinculadas do texto constitucionais e tanto quanto discricionárias, surge em imediato a tal problema a necessário levar a sério a correta interpretação e aplicação teórica que a constituição brasileira recepcionou, sendo assim, em vez de decisões discricionárias, das escolhas, ocorreriam decisões lastreadas em uma construção democrática do direito. Sendo assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, teriam direito fundamental à obtenção de respostas corretas adequadas à Constituição.

Feito o devido aprofundamento, quanto a teoria do fenômeno da hermenêutica, e da interpretação normativa, evidencia-se que é possível, se utilizar de técnicas para dar

resposta jurisdicional a todos os casos que surgirem em tempos atuais, se utilizando de parâmetros objetivos e subjetivos que estejam disponíveis no próprio ordenamento.

Nesse sentido, foi trabalhado a Crítica Hermenêutica do Direito do professor Lenio Luiz Streck, com intuito de demonstrar que é possível conferir uma resposta constitucionalmente democrática, vinculada aos preceitos normativos se utilizando de uma teoria da decisão consistente e legitimada.

Por este motivo, pode ser considerado técnica perfeitamente adaptada ao Direito, pois busca dar sentido aprofundado ao ordenamento jurídico. Com isso, passa a ser indispensável sua utilização, afim de afastar a discricionariedade decisória que vem sendo utilizado desordenadamente nos tribunais superiores.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, G. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, L. R. **Constitucionalismo Democrático**. <http://www.luisrobertobarroso.com.br>, 2017. ISSN ISBN. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BARROSO, L. R. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE. Artigos para Seleção**, São Paulo, v. I, n. I, p. 29, Janeiro 2017. ISSN ISBN. Disponível em:

<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>.

BARROSO, L. R. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**. **Migalhas**, 2017. ISSN HTTP. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 06 setembro 2017.

BONAVIDES, P. **DO PAÍS CONSTITUCIONAL AO PAÍS NEOCOIONIAL / A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BONAVIDES, P. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, v. I, 2017.

BRITO, J. D. S. E. E. A. **Tribunal Constitucional**. 2°. ed. São Paulo: Coimbra, v. III, 1995.

BRUM, G. V. **Discricionariedade judicial e políticas públicas: coerência, consistência e consequências na interpretação do Direito**. **Discricionariedade judicial e políticas públicas**, Centro Universitário de Brasília., I, 25 out. 2013. 151. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/157789/dissertacao_versao_definitiva_guilherme_brum.pdf>. Acesso em: 20 2017 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional Teoria da Constituição**. 23. ed. Coimbra: [s.n.], v. IV, 1993.

COSTA, E. V. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Instituto de Estudos Jurídicos e Econômicos, v. II, 2001.

- FRANÇA, R. L. **Hermenêutica jurídica**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2009.
- FREIRE, R. M. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, v. I, 2009.
- GOMES, N. C. NEOCONSTITUCIONALISMO, HERMENÊUTICA E PÓSPOSITIVISMO: UMA CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO. **Academia Brasileira de Direito Constitucional**, 2017. ISSN isbn. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>>. Acesso em: 25 Novembro 2017.
- HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. Lisboa: [s.n.], 1972.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: [s.n.], 1976.
- KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2003.
- MELLO, E. S. D. A judicialização da política no Brasil. **Âmbito Jurídico**, 2013. ISSN ISBN. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775>. Acesso em: 20 out. 2017.
- MONTORO, A. F. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2000.
- MORAIS, A. D. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais ; garantia suprema da constituição. **Minha Biblioteca**, São Paulo, maio 2013. ISSN ISBN 978-85-224-7831-6 e ISBN 978-85-224-7832-3. Disponível em: <[Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478323/>>. Acesso em: 10 2017 2017. Biblioteca Virtual Faculdades Integradas de Aracruz FAACZ.
- NELSON, R. A. R. R. Revista Eletrônica do Curso de Direito. **PUC Minas Serro**, 2013. ISSN ISSN 2176-977X. Disponível em: <<file:///C:/Users/Leticia%20e%20JV%20e%20Maria/Downloads/8034-31365-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- RAMOS, C. Noções introdutórias de hermenêutica jurídica clássica. **Revista Jus Navigandi**, 2014. ISSN ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29254>>. Acesso em: 12 nov. 1017.
- RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSSI, A. S. Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais, 2014. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 06 setembro 2017.

SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. As novas faces do ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel, Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). Salvador: [s.n.], 2011.

SLAIBI, N. Eler JR. **J.Files**, 2011. ISSN ISBN. Disponível em: <http://elerj.files.wordpress.com/2011/08/hermenc3aautica_constitucional.pdf, acessado em 28/06/2013.>. Acesso em: 10 nov. 2017.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, L. L. ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO. **Editora Unoesc**, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>>. Acesso em: 10 2017 outubro.

TASSINARI, C. **Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte americanas**. São Leopoldo: [s.n.], v. I, 2012.

VIEIRA, O. V. Encontro anual de Ampocs. **Ampocs**, 2014. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/21-encontro-anual-da-anpocs/st-3/st05-2/5244-oscarvieira-discricionariedade/file>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ZAGRABELSKY, G. **La Giustizia Costituzionale**. Bologna: Molino, v. II, 1988.

ZANETI, H. J. **O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.