



# AS RECEPÇÕES TEÓRICAS INADEQUADAS EM *TERRAE BRASILIS* MISPERCEIVED LEGAL THEORIES IN BRAZIL

---

**Lenio Luiz Streck**

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS. Professor colaborador da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, da Revista Novos Estudos Jurídicos, entre outros. Coordenador do DASEIN Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito. E-mail: lenios@globocom.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/080689338973283>.

## Resumo

Uma nova Constituição exige novos modos de análise, que, no caso brasileiro, acabou jogando os juristas nos braços de três principais teorias estrangeiras, recepcionadas de modo acrítico, marcadas pela aposta no protagonismo dos juízes. Assim, contra

o relativismo valorativo causado pela equivocada recepção da *Jurisprudência dos Valores* e da *Teoria da Argumentação* de matriz alexyana e contra o ativismo pragmatista dos tribunais (*Realismo norte-americano*) – que, somados, acabaram por levar ao *panprincipiologismo* e à fragmentação da jurisprudência –, propõe-se uma Teoria da Decisão Judicial, descrita a partir de cinco princípios conformadores: a) a preservação da autonomia do direito; b) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; c) o respeito à integridade e à coerência do direito; d) o dever fundamental de justificar as decisões (a fundamentação da fundamentação); e) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

**Palavras-chave:** Jurisprudência dos Valores. Teoria da Argumentação. Ativismo Judicial. Discricionariedade. Hermenêutica.

### Abstract

A new constitution requires new aspects of analysis that, in Brazil, led the jurists in the arms of three major foreign theories, accepted uncritically, marked by betting on the protagonism of judges. Thus, against the evaluative relativism caused by the mistaken receipt of Jurisprudence of Values and the Theory of Argumentation of Alexy and against judicial activism and pragmatic courts (American Realism) – that, together, eventually led to panprincipialism and the fragmentation of the case law – it is proposed a Judicial Decision Theory, described from the five principles as: a) the preservation of the autonomy of law; b) control of hermeneutic interpretation constitutional c) respect the integrity and coherence of the law; d) the fundamental duty to justify decisions (the reasoning of reasons), e) the fundamental right to a constitutionally adequate response.

**Keywords:** Jurisprudence of Values. Theory of Argumentation. Judicial Activism. Discretion. Hermeneutics.

**Sumário:** 1. Considerações preliminares: as inovações introduzidas pelo constitucionalismo contemporâneo. 2. A Constituição e a exigência de novos paradigmas interpretativos. as recepções teóricas equivocadas. 2.1. Jurisprudência dos valores e teoria da argumentação jurídica: os equívocos de uma recepção. 2.2 . O ativismo Judicial: um exemplo de como a discussão tem sido equivocadamente feita no Brasil. 3. A reação do establishment ao ativismo judicial, ao panprincipiologismo e à fragmentação jurisprudencial. 4. De como é possível dar uma resposta hermenêutica ao ativismo. 4.1. A hermenêutica e os princípios conformadores da aplicação do direito no estado democrático de direito. 4.1.1. Princípio um: a preservação da autonomia do direito. 4.1.2. Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade. O papel de “constrangimento epistemológico” destinado à doutrina. 4.1.3. Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do direito. 4.1.4. Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões (a fundamentação da fundamentação). 4.1.5. Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Referências.

## 1 **CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Cada vez mais se torna necessário discutir as condições de possibilidade da validade do direito em um contexto em que os discursos predatórios dessa validade, advindos do campo da política, da economia e da moral, buscam fragilizá-la. Trata-se, enfim, de discutir o papel do direito na democracia, seus limites e sua força normativa.

Em outras palavras, nesta quadra da história, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia. Nesse sentido, penso que o direito deve ser preservado

naquilo que é a sua principal conquista a partir do segundo pós-guerra: o seu elevado grau de autonomia. Há, pois, um novo lugar ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra, assim como um novo papel a ser exercido pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Assim, é importante lembrar que é nesse 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.

Em outras palavras: quais são as condições de possibilidade do argumento jurídico-decisório? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, no momento de interpretação da Constituição, não está se substituindo ao legislador e proferindo argumentos de política ou de moral? Neste ponto, é importante mencionar estudos como *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*, de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995) e *On law, politics & judicialization*, de Martin Shapiro e Alec Stone Sweet (2002). Em outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do Poder Judiciário na condução da vida política, tem-se o artigo *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*, de Robert A. Dahl (2009).

Nas últimas décadas, essa discussão tem sido feita a partir de dois eixos temáticos: substancialismo e procedimentalismo (STRECK, 2004). No fundo, a (já hoje antiga) discussão entre posturas substancialistas e procedimentalistas tem como pano de fundo a questão de se saber qual o papel do Judiciário na concretização de direitos. Este ponto é tão problemático que, em face de uma tendência de judicialização (ou, se quisermos, em face da chamada judicialização da política), há hoje países que, buscando evitar uma centralização no Judiciário – e, assim,

por vezes, ativismos judiciais ou juristocracias – apresentam soluções alternativas, isto é, *criam medidas que não fazem da jurisdição o centro da tomada de decisões políticas*. Nessa linha, vale referir Ran Hirschl, um dos autores que aborda os modelos adotados em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, asseverando que as experiências destes países merecem atenção, pois, no intuito de preservar a soberania parlamentar e a representação democrática, criaram uma variedade de mecanismos inovadores, que compensavam o papel contramajoritário assumido pelas Cortes em face da existência de uma onda de constitucionalização, engendrada pelo segundo pós-guerra (HIRSCHL, 2007, p. 9-11). No Brasil, essa temática é adequadamente desenvolvida na obra *Diálogos Institucionais e Ativismo*, onde os autores trazem estes exemplos presentes na obra de Hirschl e outros (Reino Unido e Austrália), todos apresentados como modelos que permitem uma convivência harmônica entre constitucionalismo e democracia, e um melhor diálogo entre os Poderes, em especial, Legislativo e Judiciário. Apenas para mencionar algumas das experiências relatadas pelos autores, veja-se o caso do Canadá, que, na Seção 33 da Carta de Direitos Canadense de 1982, criou um mecanismo – até agora pouco utilizado – que ficou conhecido como “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), pelo meio do qual o Legislativo pode aplicar determinado dispositivo, mesmo que contrário ao texto constitucional, do que resulta a preponderância da interpretação do Legislativo; de Israel, país cujo Parlamento (conhecido como Knesset), seguindo o exemplo do Canadá, preocupado com o ativismo judicial de sua Suprema Corte, acabou reformando uma de suas declarações de direitos (porque lá ainda não há constituição, apenas normas de organização, conhecidas como *basic laws*), incluindo a possibilidade de o Parlamento criar, desde que por maioria absoluta, lei que contraria ao conteúdo da *basic law*; e da Nova Zelândia, onde a primeira proposta de declaração de direitos foi rejeitada, porque previa a possibilidade do exercício do *judicial review*, o que foi considerado incompatível com a supremacia parlamentar, tendo sido aprovado, então, o *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA), que excluiu a possibilidade de uma análise do Judiciário, isto é, não autorizou aos juízes que invali-

dassem uma lei invocando os dispositivos desta declaração, especialmente porque foi concebida com um caráter de legislação ordinária. Todos estes são, para os autores, modelos de *weak judicial review*, que, de certo modo, compatibilizam as prerrogativas do Judiciário com a representatividade democrática do Legislativo (SILVA *et al.*, 2010, p. 53-60).

Esse é um dos grandes dilemas contemporâneo. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, registremos, por apostarem na discricionariedade dos juizes, *não deixam de ser também positivistas*<sup>1</sup>). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX o dilema passou a ser o *de como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juizes se assenhem da legislação democraticamente construída*.

Um dos sintomas desse problema reside no crescimento – mormente em países como o Brasil – do fenômeno do “ativismo judicial”, fator de fragilização do grau de autonomia alcançado pelo direito neste novo paradigma. Ou seja, em *terrae brasilis*, longe estamos de discutir alternativas ao debate. Na verdade, mergulhamos, dia a dia, mais e mais, nas profundezas de uma jurisdição eivada de posturas discricionaristas, no interior das quais o ativismo vem se transformando na vulgata da judicialização.

---

<sup>1</sup> Como bem lembra Tomás-Ramón Fernández (2005, p. 32): “de las filas del positivismo de donde curiosamente han surgido las corrientes de pensamiento que han contribuido a destruir la vieja creencia de que el Derecho está contenido de antemano en la ley y a poner en primer plano la discrecionalidad judicial, que, desbordando el ámbito del antiguo arbitrio judicial al que se referían los textos clásicos, ahora lo llena todo, con la no menos paradójica consecuencia de seguir manteniendo a este en la sombra, huérfano todavía de la imprescindible teorización”.

## 2 A CONSTITUIÇÃO E A EXIGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS INTERPRETATIVOS. AS RECEPÇÕES TEÓRICAS EQUIVOCADAS

Uma Constituição nova exige 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(va) era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que sempre operou 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. Do mesmo modo, não há(via) uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços de teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das posturas. Com efeito, houve um efetivo “incentivo” doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy, com o agravante de que esta – embora as críticas que seu criador, Alexy, faz à primeira (a *Wertungsjurisprudenz*) – acaba ingressando em solo brasileiro como um (simplório) “derivativo” daquela.

Vejamos cada uma dessas recepções equivocadas, sendo que, pelo modo como são trabalhadas no Brasil, a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy serão analisadas em conjunto.

## 2.1 **Jurisprudência dos valores e teoria da argumentação jurídica: os equívocos de uma recepção**

Como se sabe, no caso alemão, a *jurisprudência dos valores* (*Wertungsjurisprudenz*) serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada. Era uma espécie de “ajuste de contas hermenêutico” com qualquer forma de exegetismo...!

Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da jurisprudência dos valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão (HABERMAS, 1992). Releva anotar, entretanto, que a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, um papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, Espanha e Brasil. Sua influência é inegável.

Entretanto – e aqui deve ser feita a crítica ao equívoco no modo como a tese foi recepcionada –, parcela considerável dos juristas brasileiros não se atentou para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar” (pense-se, por exemplo, na negativa dos Tribunais de aplicarem o artigo 212 do CPP,<sup>2</sup> que

---

<sup>2</sup> Mesmo ainda hoje é assim. Ver o equívoco cometido pelo STF no HC 103525, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-159 Divulg. 26/08/2010, Public. 27/08/2010, Ement. Vol-02412-03, p. 625.



altera o modo de inquirição das testemunhas), a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade (pensemos, é claro, no termo “legalidade” a partir de Elías Díaz (1983, p. 57), plasmado no texto constitucional.

Da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros (por todos, lembremos Luis Roberto Barroso (...), Ana Paula de Barcellos (.....) e Daniel Sarmento (.....) tomaram emprestado a tese principal, repetida *ad nauseam*, de que “a Constituição é uma ordem concreta de valores”, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores (por vezes, ocorre uma mixagem dessa postura com as teses da *Interessenjurisprudenz*, de Philipp Heck, que, aliás, foi quem cunhou a expressão *Abwägung* – sopesamento). O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais de *terrae brasilis*.

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação* (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.<sup>3</sup> Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de *que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso*. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é* (insista-se, efetivamente não é) *uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic)*, algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (*sic*). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”.

---

<sup>3</sup> Por todos, Rogério gesta Leal, que busca conciliar Habermas e Alexy (LEAL, 2007).

Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação (*Abwägung*) em um “princípio”.<sup>4</sup> Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.<sup>5</sup> De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um “verdadeiro” princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, o *panprincipiologismo*<sup>6</sup>. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é

---

4 Uma rápida pesquisa, em 8 de setembro de 2011, no GOOGLE – com todas as reservas que esse *site* merece –, dá conta de 682 incidência da “regra da ponderação” e 9.960 para “princípio da ponderação”. Há milhares de incidências de decisões judiciais “aplicando” o princípio da ponderação (*sic*). Até em um Fórum de Concurseiros essa questão foi debatida, chegando os membros à conclusão de que a ponderação é um “princípio” (*sic*).

5 No caso específico do STF, vale lembrar a ADPF n. 130/DF, de 2009.

6 Registre-se, entretanto, uma tese que se coloca, perigosamente, como uma antítese ao panprincipiologismo. Com efeito, no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4578, o STF parece ter inaugurado uma forma nova desse fenômeno se manifestar. Com efeito, ao lado do uso inflacionado do conceito de princípio (por exemplo, o panprincipiologismo é, corretamente, denunciado pelo Ministro Toffoli em vários votos, fazendo alusão à obra Verdade e Consenso [STRECK, 2011a]), o voto que até o momento foi apresentado nesses julgamentos (Lei do “Ficha Limpa”) produz uma espécie de retração que, mais do que representar uma contenção ao panprincipiologismo, manifesta-se como um subproduto deste mesmo fenômeno. Veja-se a parte do voto em que acontece esse novo fenômeno, que aqui denomino de “uso hipossuficiente dos princípios”:

“A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra

um subproduto do “neoconstitucionalismo” à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pan-principiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados (*standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424, em 17/09/2003, que ficou conhecido como *caso Ellwanger*.<sup>7</sup> Parte do Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais. Princípios estes que, por sua vez, assentavam-se em “valores” conflitantes entre si. Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma “*contradi-*

---

a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo”.

Desse modo, já não se sabe o que é mais grave: o panprincipalismo ou a hipossuficiência principiológica. O que seria esse “uso hipossuficiente do conceito de princípio”? Explico: ao invés de nomear qualquer standard argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio àquilo que é, efetivamente, um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como uma regra. O que ocorreu, afinal? O julgamento em tela trata da adequação da Lei Complementar nº 115/2010 (chamada lei da “Ficha Limpa”) à Constituição. Neste momento, não preocupa tanto o mérito da ação, mas aquilo que é feito com a Teoria do Direito. Qual é a serventia da Teoria do Direito? Não se trata de uma questão cosmética. Pelo contrário, é da Teoria do Direito que se retiram as condições para construir bons argumentos e fundamentar adequadamente as decisões. Quero dizer: tem-se a discutir o que foi feito da Teoria do Direito dos últimos 50 anos, a tanto ocupar a questão do conceito de princípio e que, agora, no voto do Ministro Fux, parece não ter muita serventia (STRECK, 2011b).

<sup>7</sup> Este case é criticado com percuciência por Marcelo Cattoni, no texto: O caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (2007, p. 113-125).

*ção entre princípios jurídicos*”, com “modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência”, entendeu, por juízo de “*proporcionalidade*”, que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de expressão. O Min. Marco Aurélio de Mello igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao *fazer a ponderação dos valores* em jogo (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade.

De todo modo, é preciso anotar que, muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), *a solução da controvérsia era, na verdade, constrangedoramente simples*. Não havia nada a ponderar, por uma simples razão: a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente *não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista*. Simples, pois. E racismo é crime. Imprescritível. Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello. Em linha similar, o Min. Gilmar Mendes lembrou que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia.

Como já foi adiantado, o HC acabou negado<sup>8</sup>. Contudo, os votos vencidos, embasados ou em argumentos de política ou em *juízos de ponderação*, bem demonstram os *perigos* que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira (que desconsidera os procedimentos formais estabelecidos por Alexy e termina por mesclar a ponderação alexyana com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores). Dito de outro modo: o recurso ao “relativismo ponderativo”

---

<sup>8</sup> Além dos já mencionados Ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo e Gilmar Mendes, também votaram pela denegação os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

obscurce o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.

## 2.2 O ativismo Judicial: um exemplo de como a discussão tem sido equivocadamente feita no Brasil

Em linha similar, também o termo *ativismo judicial* vem sendo empregado no Brasil de um modo *tabula rasa*. Note-se: nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada –, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt (WOLFE, 1994, p. 3-11). As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não o resultado de um *sentimento constitucional* acerca desta problemática.

Já no Brasil esse tema toma ares dramáticos. Basta lembrar, nesse sentido, que *ativismo judicial* aparece como um *princípio* no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao *ativismo judicial* como um “princípio norteador” (*sic*) do processo coletivo brasileiro já da conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.

Um bom exemplo do tipo corriqueiro de ativismo judicial que permeia o imaginário dos juristas brasileiros pode ser extraído da questão levada a julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 178. Com efeito, tal medida foi interposta em 2009 pelo Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a garantia dos mesmos direitos reconhecidos às uniões entre heterossexuais. A ação pretendia, inicialmente, que fosse reconhecida e colmatada a pretensa omissão do Poder Legislativo em regulamentar os direitos dos casais homossexuais, muito embora a própria Constituição, no seu art. 226, §3º, aponte para outra direção, ao afirmar que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Indeferida liminarmente, a petição foi reapresentada, agora buscando uma *verfassungskonforme Auslegung* do art. 1.723 do Código Civil<sup>9</sup>, no sentido de oferecer proteção integral às uniões homoafetivas.

A perplexidade que surge deve-se à seguinte questão: de que modo poderia haver a referida omissão se a própria Constituição determina que é dever do Estado *proteger a união entre o homem e a mulher*? Onde estaria a omissão, já que é um comando constitucional que determina que a ação do Estado seja no sentido de proteger a união entre homem e mulher? Note-se: não podemos falar em hierarquia entre normas constitucionais, caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Otto Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais. O mais incrível é que a referida ADPF também pretende anular as várias decisões que cumpriram literalmente o referido comando constitucional. Trata-se, pois, de um *hiper-ativismo*.

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão

---

<sup>9</sup> Artigo 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung*, que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial)<sup>10</sup>. Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custearem tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!

O verdadeiro caos processual que se instalou no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas dá amostra de como a discussão sobre o papel do judiciário no contexto de uma democracia constitucional é algo que causa turbulência no Direito Brasileiro. Como mencionado acima, na decisão que saneou o processo, o então presidente da Corte, Min. Gilmar Mendes, indicou, de forma correta, que *a ADPF não se afigurava como melhor mecanismo para solução da demanda*, pois não se vislumbrava qual era a omissão do Estado e em que grau ela se apresentava para o deslinde da questão. Assim, como consequência dessa

---

<sup>10</sup> É sempre conveniente lembrar o seguinte: enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um *ato de vontade* do órgão judicante (portanto, comportamental), a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve atos de jurisdição constitucional.

necessidade de adequação da via processual, a ADPF 178 foi transformada em ADIn (Ação Direita de Inconstitucionalidade), inscrita com o número de ordem 4.277. As ações foram julgadas parcialmente procedentes, tendo o Tribunal, por unanimidade, reconhecido a proteção do Estado às Uniões homoafetivas, realizando uma Interpretação Conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro. Os argumentos que compuseram a teia discursiva presente nos votos são, na sua grande maioria, sociológicos e/ou de moral. O enfrentamento da questão jurídica principal – qual seja, da legitimidade de a jurisdição constitucional se substituir ao poder constituinte derivado, alterando o texto da constituição – foi evitado pela maioria dos ministros, que se limitaram a afirmar que a ideia de contenção do judiciário, em um caso como esse, representava uma “visão oblíqua” (*sic*) das funções do judiciário no direito moderno, como consignou o Min. Marco Aurélio, em aparte ao voto do Min. Gilmar Mendes.

Apenas para ilustrar o que aqui está sendo dito, é importante consignar que, no voto do relator, por exemplo, está dito que “o órgão sexual é um *plus*, um bônus, um regalo da natureza. Não é um ônus, um peso, um estorvo, menos ainda uma reprimenda dos Deuses”. Em voto de outro Ministro, lê-se que “a homossexualidade é traço da personalidade, não é crença, ideologia ou opção de vida”.<sup>11</sup> Por esses exemplos, é possível visualizar que o julgamento destas ações foram determinados, muito mais, pelo entendimento pessoal – daí a questão do solipsismo – de cada ministro acerca da matéria, do que por uma interpretação técnica da Constituição. Daí a pergunta recorrente: pode a interpretação do direito depender de opiniões (escolhas) de caráter pessoal?

---

<sup>11</sup> Aqui cabe um aparte: se fosse crença, ideologia ou opção de vida, a proteção do Estado deveria ser rejeitada? Mas, e a liberdade de expressão que também é garantia constitucional? E mais! Qual é a base científica em que se apoia o argumento de que a homossexualidade é um “traço da personalidade”? E, se fosse, ainda assim caberia a pergunta: seria o judiciário a instância correta para afirmar isso como uma constatação, cujas discussões no âmbito da psicologia não são, nem de longe, consensuais?



Aliás, poderíamos ir adiante na identificação clara do ativismo da Corte neste caso: em um dos votos, chegou-se a dizer que o reconhecimento das Uniões homoafetivas para efeitos da proteção do Estado poderia contribuir para a diminuição da discriminação e ajudaria a conter, até mesmo, práticas violentas decorrentes da homofobia. Por certo que a diminuição da discriminação é algo salutar, bem como deve ser repudiada qualquer tipo de atividade violenta direcionada aos homossexuais (afinal, tal qual Norbert Elias, é preciso acreditar no “processo civilizador”). Todavia, é de se perguntar se esse tipo de juízo – nitidamente político (e sem bases empíricas) – poderia servir como fundamento de uma decisão judicial.

De todo modo, o caso apresentado, tanto na origem quanto no seu desfecho, representa muito bem como a discussão sobre o ativismo interpretativo do Supremo Tribunal Federal é realizada no campo jurídico brasileiro.

Ao lado dessas três posturas<sup>12</sup> – que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil –, podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas

---

<sup>12</sup> É muito difícil definir as diversas teses e posturas que se espraiam no plano da doutrina e da jurisprudência, pelo simples fato de que grande parte da doutrina não age a partir de pressupostos teóricos e, sim, de forma pragmática. Ademais, parcela considerável da doutrina está convicta de que, para alcançar o patamar paradigmático do Estado Democrático de Direito, basta superar (ou sepultar) o “juiz boca da lei”, esquecendo-se, entretanto, que, ao colocarem em seu lugar um “juiz protagonista” (que, aliás, não é coisa nova, pois já estava presente em Oskar von Büllow no século XIX), tornam o direito refém do decisionismo (já presente em Kelsen). Na mesma linha, em muitos casos, o novo constitucionalismo é confundido com uma mera continuidade do positivismo normativista, além de os princípios gerais do direito serem confundidos com princípios constitucionais, isto é, como se os velhos axiomas do positivismo exegético do século XIX ainda pudessem “competir” com as regras e os princípios presentes no Constitucionalismo Contemporâneo.

assistemáticas e contraditórias. Pode-se afirmar, ainda, que, por vezes, os pragmatismos tomam emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade<sup>13</sup>.

### 3 A REAÇÃO DO ESTABLISHMENT AO ATIVISMO JUDICIAL, AO PANPRINCIPIOLOGISMO E À FRAGMENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como se pôde perceber, a assim denominada “era dos princípios”, que propiciou o surgimento de textos constitucionais com características sociais-diretivas, encontrou – mormente em países como o Brasil – um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde formalistas até adeptos do direito alternativo (realistas ao estilo dos *Critical Legal Studies*). Com efeito, de um lado, doutrina e jurisprudência, ainda ligadas à dogmática jurídica tradicional, continuaram a sustentar práticas normativistas, com enormes dificuldades para compreender minimamente o advento de *uma nova teoria das fontes*; já de outro, setores que, embora engajados na concretização da Constituição, passaram a apostar no Poder Judiciário como condutor desse processo, *mas sem a correspondente reflexão acerca das condições de possibilidade desse protagonismo*.

Ou seja, a falta de teorias adequadas às demandas de uma Constituição como a brasileira permitiu a formação de um forte protagonismo judicial. O espantoso é que, mesmo diante de um texto constitucional riquíssimo em direitos fundamentais-sociais – experiência única no

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em “enunciados performativos”. Apenas para exemplificar: STF - RCL 2126; AGR 395662; TJRS 70027526524, 70027525898, 70032218398; STF-HC 97197; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADI 2240; STJ- HC 68397.

mundo – os intérpretes brasileiros ainda assim vêm buscando descobrir “valores escondidos” embaixo dessa densa tessitura legal.

Esse ativismo – que tanto se manifesta no panprincipiologismo como no “uso hipossuficiente dos princípios” - demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e dos Tribunais. De todo modo – e isso precisa ficar bem claro –, apenas diante da consagração de uma efetiva jurisdição constitucional é que se pode falar no problema dos ativismos judiciais.

Por outro lado, há que se levar em conta que o constitucionalismo surgido do segundo pós-guerra é, fundamentalmente, pós-positivista; os textos constitucionais – agora principiológicos – albergam essa nova perspectiva do direito. Nesse contexto, a busca da preservação da força normativa da Constituição sempre corre o risco de ficar fragilizada pela equivocada aposta nessa pretensa “abertura interpretativa”, uma vez que – e é neste ponto que se dá, no campo filosófico, a passagem do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito – a abundante principiologia veio para introduzir, no direito, o mundo prático que dele havia sido expungido pelas diversas posturas positivistas. Entende-se o positivismo,<sup>14</sup> para os limites desta abordagem, a partir de sua principal característica apontada por Dworkin no seu debate com Hart: a *discricionariedade*, que ocorre a partir da “delegação”, em favor

---

<sup>14</sup> Ressalte-se que, para efeitos do que trato no texto, considero superado o positivismo exegético ou legalista. Isso porque é possível dizer que com Kelsen há uma *virada semântica* na interpretação do direito: não há mais uma identidade isomórfica entre as palavras da lei e a realidade factual. Para o positivismo de corte kelseniano, a interpretação do direito é um ato de vontade que desliza no interior de uma estrutura aberta nominada metaforicamente como *moldura da norma* (Teoria Pura do Direito, Cap. VIII). É nesse ponto que se encontra o espaço de discricionariedade do intérprete aplicador da norma e é para o enfrentamento dessa dimensão que aponto minhas armas.

dos juízes, do poder de solucionar os casos difíceis. É indubitável a relação da discricionariedade – delegada por Hart ao juiz – com o decisionismo kelseniano. Discricionariedade será, assim, o poder conferido ao juiz/intérprete para escolher uma entre várias alternativas.<sup>15</sup> O problema é saber se as alternativas são legítimas e se a “escolha” se enquadra na circunstância discutida. Considere-se, ademais, o problema dessa “delegação” nos casos da interpretação do processo judicial, *que fica à mercê da interpretação discricionária do juiz*. O pano de fundo, a toda evidência, era – e ainda é – a discussão acerca das condições de possibilidade da realização da democracia. Afinal, se alguém tem que decidir por último, a pergunta que se põe obrigatoriamente é: de que modo podemos evitar que a legislação – suposto produto da democracia representativa (produção democrática do direito) – *seja solapada pela falta de legitimidade da jurisdição?*

Pode-se dizer que, tanto na operacionalidade *stricto sensu* como na doutrina, são perceptíveis no mínimo dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade, que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen);<sup>16</sup> ainda nesse primeiro

---

<sup>15</sup> Observe-se que o “poder discricionário” é sempre uma manifestação positivista. Quando se trata do positivismo exegético, a discricionariedade apenas muda de lugar, porque passa para o legislador.

<sup>16</sup> Veja-se como essa questão do positivismo kelseniano não está superada no Brasil. No STF, um dos ministros mais antigos sustenta frequentemente em suas posições que a interpretação é um ato de vontade (na linha da afirmação kelseniana presente do Cap. VIII de sua *Teoria Pura*). Em pronunciamento recente, o Ministro afirmou, ainda, que a decisão é um ato fático no qual a primeira etapa representa a construção “ideal” (*sic*) da solução para o caso e, apenas em um segundo momento, é que se buscaria a justificação do decidido no ordenamento jurídico. Nas palavras do Min. Marco Aurélio de Mello: “*Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o*

grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Hans-Georg Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com uma “livre atribuição de sentidos”.

Desse modo, a defesa de posturas judiciais ativistas, o crescimento do panprincipiologismo e a fragmentação jurisprudencial, são fenômenos que decorrem, em última análise, de um mesmo núcleo problemático: *a preservação subterrânea do paradigma da filosofia da consciência na construção das teorias e doutrinas do direito*. Um pragmatismo primitivo é invocado para justificar as decisões individuais. Essas decisões não conduzem a um ponto coerente, capaz de unificar o sentido e acomodá-lo num contexto de integridade. Assim, um verdadeiro caos interpretativo acaba por ter lugar, algo que pode ser comparado ao estado de natureza hobbesiano; uma espécie de Estado de natureza hermenêutico.

Pois bem. Diante desse fustigante processo de fragmentação decisional, o *establishment* jurídico reagiu criando mecanismos burocráticos que, pretensamente, pudessem oferecer uma resposta a esse emaranhado de decisões e, ao mesmo tempo, conduzir para uma racionalização do acesso à justiça, que, por força da ampliação constitucional das demandas, também acarretava uma exaustão ao sistema. Desse modo, a reforma levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”) criou dois mecanismos que vinham na senda das questões levantadas nesse tópico: as súmulas vinculantes e a repercussão geral.

---

apoio. E como a *interpretação é acima de tudo um ato de vontade*, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio” (publicado no site **Notícias do STF** [2010]; ver também: “Marco Aurélio vê sua homenagem como ‘estímulo’” [2010]).

Em suma, esses dois mecanismos são respostas estruturais para um problema que é de ordem paradigmática: de nada adiantam as súmulas e os demais mecanismos vinculatórios – como é o caso da repercussão geral – se não enfrentamos aquilo que possibilitou todo quadro de fragmentação, relativismo e subjetivismo que acomete o Direito atual. Ou seja, *é preciso superar a filosofia da consciência e aquela que é sua criação: o sujeito solipsista (Selbstsüchtiger)*. O conhecimento, mais do que uma relação que se dá entre um sujeito e um objeto, é um encontro. Um encontro que acontece a partir de um entorno, de uma história, enfim, de uma tradição. É da explicitação desse encontro que resultará a efetiva superação do artificialismo epistemológico da filosofia da consciência, que sempre leva a soluções despistadoras, que, por sua vez, conduzem à persistência do núcleo do problema (no caso brasileiro, basta ver como a doutrina está lidando com a questão das súmulas: pensa-se que os problemas da interpretação de textos podem resolvidos com a edição de mais textos, em uma espécie de eterno retorno à Escola de Exegese...!). Numa palavra: a superação desses problemas é uma tarefa hermenêutica.

#### **4 DE COMO É POSSÍVEL DAR UMA RESPOSTA HERMENÊUTICA AO ATIVISMO**

Contra o relativismo valorativo causado pela má recepção da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de matriz alexyana e contra o ativismo pragmati(ci)sta dos tribunais – fatores que, somados, acabam por levar ao *panprincipiologismo* e à fragmentação da jurisprudência –, venho propondo *uma hermenêutica fortemente antirrelativista e antidiscricionária*. Esse modo de trabalhar a hermenêutica passa pela constatação de dois fatores que possibilitam a superação do paradigma da filosofia da consciência. Trata-se, na verdade, de duas revoluções copernicanas ocorridas no século XX, que modificaram radicalmente os caminhos do Direito e da Filosofia. No campo jurídico, a revolução copernicana do direito público mudou o centro gravitacional do direito: não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que

exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica. Essa alteração radical implicou, também, uma revolução metodológica: *os métodos tradicionais do direito privado* – permeados pela filosofia da consciência – *não eram adequados para manipular os novos textos constitucionais*, concebidos para fazer valer uma ordem democrática que, para além de qualquer solipsismo, deveria conduzir para uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos de poder do Estado. Assim, outra revolução – igualmente copernicana – entra em cena: cuida-se daquilo que ficou conhecido como *linguistic turn*, que opera uma redefinição do papel da linguagem no processo de conhecimento e abre novos caminhos para a discussão do método no direito.

Na esteira dessa transformação operada pelo giro linguístico – que denomino de *giro linguístico-ontológico* (STRECK, 2011c) – aparece a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. A partir de *Wahrheit und Methode*, ficou claro que a verdade das ciências humanas, ou ciências do espírito, é um acontecimento que pode ser percebido através da arte, da história e da linguagem. Gadamer desfez, assim, um golpe certo contra o metodologismo que predominava na epistemologia dessas ciências, afirmando que a verdade é algo que, em última análise, se opõe ao método. Com efeito, ao invés que garantir a objetividade da interpretação, o método – enquanto momento supremo da subjetividade – acaba por levar a relativismos (v.g. no direito a questão da ponderação, por exemplo).

Por isso, penso que essa objeção gadameriana ao relativismo metodológico encontra eco na crítica que Ronald Dworkin faz ao poder discricionário dos juízes, que se mostra de maneira emblemática no debate levado a efeito com Herbert Hart. Assim, a minha proposta se apresenta a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Na senda de Dworkin, que, ao seu modo, falará da única resposta correta, proponho a tese de que todo cidadão – que vive sob o manto do Estado Democrático de Direito – tem um direito fundamental a obter dos tribunais uma *resposta constitucionalmente adequada*.

Essa *resposta constitucionalmente adequada* não depende de procedimento metodológico (*stricto sensu*). Para discutir as condições sob as quais se assenta a resposta constitucionalmente adequada, precisamos antes dispor de uma *teoria da decisão*. Essa teoria da decisão precisa conseguir destilar os equívocos advindos das errôneas importações teóricas efetuadas pelo constitucionalismo brasileiro e deve conseguir produzir um rigoroso processo de *justificação* das decisões que circula entre a suspensão dos pré-juízos do intérprete (no sentido hermenêutico, que deve ser entendido da seguinte forma: quem decide sobre questões político-jurídicas tem o dever de esclarecer previamente os conceitos com os quais está operando no momento da decisão), as circunstâncias que compõem os caso concreto e a recomposição coerente da história institucional do direito (que comporta uma legislação, uma jurisprudência e uma doutrina).

Nessa medida, como os procedimentos e metodologias são recusados liminarmente, o único modo de demonstrar a validade da tese se dá a partir da reconstrução de um caso concreto, no qual pode ser percebida a manifestação da resposta constitucionalmente adequada.

#### 4.1 A hermenêutica e os princípios conformadores da aplicação do direito no estado democrático de direito

Uma nova perspectiva hermenêutica, portanto, vem se forjando no seio da doutrina brasileira<sup>17</sup>, a partir de duas rupturas paradigmáticas:

---

<sup>17</sup> As propostas aqui apresentadas podem ser consultadas, mais amiúde, nas seguintes obras: **Verdade e Consenso** (STRECK, 2011a); **O que é isto – decido conforme minha consciência?** (STRECK, 2011d). Na linha das projeções efetuadas nesses trabalhos, também são importantes as obras de: Maurício RAMIRES, **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro** (2010); Rafael Tomaz de Oliveira, **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio** (2008); Francisco José Borges Motta, **Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial** (2010); e Adalberto. N. Hommerding, **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil** (2007).



a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito e a revolução provocada pelo *giro ontológico-linguístico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos *deveres substanciais dos poderes públicos* que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista, diminuindo-se o grau de discricionariedade do Poder Legislativo, assim como do Poder Judiciário nos denominados “casos difíceis”. De outro, parece não restarem dúvidas de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei, que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, “conceitos” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, *nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico*, que se caracteriza pelo emprego “sistemático” da análise lógica da linguagem, buscando descobrir o significado dos vocábulos e dos enunciados, tornando-a refém daquilo que Dworkin chama de “agulhão semântico”.

Não percebemos, de forma distinta (cindida), primeiro os textos para, depois, acoplar-lhes sentidos. Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo/aplicativo – é unitário, o texto (pensemos, fundamentalmente, na Constituição) não está, e não nos aparece, desnudo, como se estivesse à nossa disposição. Com isso, também desaparece qualquer distinção entre estrutura e conteúdo normativo. Destarte, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi o modo como as diversas formas de subjetivismo encontraram para buscar o controle político-ideológico do “processo” de interpretação. Daí a importância conferida ao método, que sempre teve/tem a função de “isolar” a norma (sentido do texto) de sua concretização.

Aponte-se, ademais, que, à diferença da compreensão de outros fenômenos, a hermenêutica jurídica contém uma especificidade: a de que o processo hermenêutico possui um vetor de sentido, produto de um processo constituinte que não pode ser alterado a não ser por regramento próprio constante no próprio processo originário. *E isso faz a*

*diferença*, queiramos ou não. A Constituição é o elo conteudístico que liga política e direito, de onde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia.

Assim, na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais oriundas de um profundo câmbio paradigmático, o papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente – *longe de qualquer perspectiva formalista-exegético-originalista* –, o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido *lato sensu*). Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito.

Essa (inter)mediação é o papel a ser desempenhado pelos princípios – entendidos como padrões de argumento – forjados na tradição do Estado Democrático de Direito. Princípios funcionam, assim, como *Leitmotiv* do processo interpretativo, como que a mostrar que cada enunciado jurídico possui uma motivação. Princípios têm a função de mostrar/denunciar a ruptura com a plenipotenciabilidade das regras; o direito não isenta o intérprete de qualquer compromisso com a realidade. As decisões sempre devem ser feitas a partir de princípios e não de políticas (ou critérios de razão prática). É isso que se quer dizer quando falamos de “princípios”.

Por tais razões, é fundamental que se passe a entender que “metodologia” ou “principiologia” constitucional não querem significar “cânones”, “regras” ou “metarregras”, mas, sim, *um modo de concretizar a Constituição*, isto é, o modo pelo qual a Constituição deve ser “efetivamente interpretada”.

Desse modo, propõe-se, aqui, um conjunto mínimo de princípios (hermenêuticos) a serem seguidos pelo intérprete. Tais princípios, sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação dessa principiologia, somente se manifestam quando colocados em um âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreto, pois representam um

contexto de significações históricas compartilhadas por uma determinada comunidade política. A interpretação do direito somente tem sentido se implicar *um rigoroso controle das decisões judiciais*, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne desse novo paradigma: a democracia. E sobre isso parece não haver desacordo.

#### 4.1.1 Princípio um: a preservação da autonomia do direito

Este princípio interpretativo abarca vários padrões compartilhados pelo direito constitucional a partir do segundo pós-guerra, denominados de métodos ou princípios, tais como o da *correção funcional* (designado por Müller como princípio autônomo que veda a alteração, pela instância decisória, da distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do resultado dela), o da *rigidez do texto constitucional* (que blinda o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador), o da *força normativa da Constituição* e o da *máxima efetividade* (sentido que dê à Constituição a maior eficácia, como sustentam, por todos, Pérez Luño, Ferrajoli e Gomes Canotilho). Trata-se, fundamentalmente, de entender que a Constituição é norma. E que vincula. Mais do que sustentáculo do Estado Democrático, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade e por isso é erigido, aqui, à condição de princípio basilar, unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do direito. Trata-se, também, de uma “garantia contra o poder contra-majoritário”, abarcando a garantia da legalidade na jurisdição.

Assim, nesse novo paradigma, o direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle *da e sobre* a política. A Constituição é, assim, a manifestação deste (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo este ser entendido na sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a “*porta de entrada*” dos discursos adju-

dicadores *com pretensões corretivas do direito*,<sup>18</sup> trazendo consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a “retomada” da moral pelo direito,<sup>19</sup> a partir daquilo que Habermas tão bem denomina de *cooriginariedade*). Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra.

#### **4.1.2 Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade. O papel de “constrangimento epistemológico” destinado à doutrina**

A partir do “encurtamento” do espaço de manobra e conformação do legislador e do conseqüente aumento da proteção contra maiorias (eventuais ou não) – cerne do contramajoritarismo –, parece evidente que, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo direito, é absolutamente necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: *as decisões judiciais*. Em outras palavras, a autonomia do direito e a sua umbilical ligação com a dicotomia “democracia-constitucionalismo” exigem da teoria constitucional uma reflexão de cunho hermenêutico.

---

<sup>18</sup> Não é difícil perceber a intenção corretiva dos juristas – adeptos da tese de que “princípios são valores” – em corrigir o direito democraticamente produzido. É possível perceber uma espécie de “dimensão ideal” do direito, espaço por onde ingressa(ria) a moral, com o fito de “corrigir as injustiças” da “dimensão real” do direito, problemática que pode ser encontrada, por exemplo, em Alexy, e que é incorporada, de vários modos, por posturas como o positivismo inclusivo.

<sup>19</sup> Desnecessário falar aqui de Dworkin, uma vez que a sua concepção de moral não destoa daquilo que pode ser extraído da principiologia ínsita à Constituição do Brasil, como o direito a que o direito seja aplicado com equanimidade (*fairness*) a todos os cidadãos. Ou seja, o melhor sentido moral do direito é este ser aplicado com igualdade.

Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, *a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito*, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessário uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas. Entretanto, a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional – que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas *self restraining* – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatí(c)istas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o aumento desmesurado de protagonismos judiciais, problemática bem presente e facilmente detectável no direito de *terrae brasilis*. Deve-se evitar aquilo que se denomina de “ativismo”. Ou seja, deve-se ter bem clara a distinção entre judicialização, que é contingencial e produto de (in)competências na relação entre os Poderes, e ativismo, que é sempre decorrente de um problema solipsista-comportamental.

O rechaço do poder discricionário (que nos Códigos recebe a denominação de “livre convencimento” ou “livre apreciação”)<sup>20</sup> é uma tese na qual venho me debruçando de há muito. Vale lembrar, aqui, a luta também travada na Espanha por Tomáz-Ramón Fernández, para quem o juiz não tem poder discricionário, nem na hora de selecionar a norma aplicável, nem de fixar seu concreto alcance, nem tampouco tem discricionariedade para escolher entre a versão dos fatos que apresente o demandante ou a acusação e a versão contrária que apresentem o demandado ou o acusado (FERNÁNDEZ, 2005, p. 93).

É aqui que entra o papel daquilo que venho denominando de *accountability* hermenêutica, que exige um novo papel da doutrina. Em

---

<sup>20</sup> Não me canso de advertir para o fato de que a minha crítica ao discricionário (e seus efeitos), ao livre convencimento e outros quejandos, nada tem a ver com “positivismo”, pelo que remeto o leitor para a obra **Verdade e Consenso** (2011a), além do artigo: “Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?” (2010, p. 158-173).

outras palavras: a doutrina não mais está doutrinando. Seu papel, hoje, é de mero coadjuvante do protagonismo judicial. A literatura jurídica cada vez mais se mostra caudatária de ementas jurisprudenciais, transformando a aplicação do direito em um processo de coagulação de sentidos. Com isso, aquilo que denominamos de “dogmática jurídica” não passa de um conjunto de enunciados fora do tempo e fora do lugar. Um olhar, mesmo que perfunctório, dá conta de que a doutrina foi doutrina-da. Domesticada.<sup>21</sup> Para ser efetivamente *DOCTRINA*, esta deve *constranger epistemologicamente a operacionalidade do direito*. Trata-se de “hermeneutizar” a doutrina do direito, fazendo com que a teoria do direito seja alçada à condição de possibilidade de qualquer interpretação-aplicação.

#### 4.1.3 Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do direito

Como forma de estabelecer barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmati(cis)tas em geral (lembramos: todo pragmat[is]mo é positivista), o respeito à integridade e à coerência engloba princípios (que, por vezes, se confundem com “métodos” de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização*, o *princípio da eficácia integradora ou do efeito integrador*, e até mesmo o *princípio da proporcionalidade* (embora seu uso descriterioso o tenha desgastado entre nós), entendido como *fairness* (equanimidade), além da exigência do tratamento igualitário (*equal concern and respect*), como diria Dworkin. Seja o nome que a eles se dê, trata-se de padrões interpretativos relevantes para a consolidação da força normativa da Constituição.

---

<sup>21</sup> Alguém se submeteria a uma operação cirúrgica com um médico que tenha se formado lendo livros como “Operação cardíaca simplificada” ou “o ABC do coração”?

A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito (DWORKIN, 1986, p. 176). Trata-se, pois, de “consistência articulada”. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o *ponto de vista objetivista*, pelo qual “o texto carrega consigo a sua própria norma” (lei é lei em si), como o *ponto de vista subjetivista-pragmatista*, para o qual a norma pode fazer soçobrar o texto. Ou seja, esse respeito à tradição, ínsito à integridade e à coerência (que é consistência “em princípio”, ou seja, a decisão deve expressar uma expressão unitária – e não *ad hoc* – de justiça), é *substancialmente antirrelativista* e deve servir de blindagem contra subjetivismos e objetivismos.

#### 4.1.4 Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões (a fundamentação da fundamentação)

Se nos colocamos de acordo que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito *não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional* produzido democraticamente, parece evidente que há uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, *que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu*. Isso é o que se pode chamar de “o espaço epistemológico da decisão”.

Nesse sentido, J. Igartua (2003, p. 29 e ss.) vai dizer que a exigência constitucional de motivação-fundamentação é “una imperatividad pluscuamperfecta” porque

se desdobra no princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, consagrado no artigo 9.3 da Constituição Espanhola (“a proibição da arbitrariedade e a obrigatoriedade de motivar sentenças dois lados de uma mesma moeda”, “a não arbitrariedade e a motivação formam, portanto, um par inseparável”) e volta a se desdobrar no artigo 24,

que reconhece o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, direito que só pode satisfazer uma sentença juridicamente fundamentada, como a jurisprudência constitucional insiste em destacar.

O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter*) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório e dos princípios já delineados. Decisões de caráter “cognitivista”, de ofício ou que, serodidamente, ainda buscam a “verdade real” se pretendem “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático. O Supremo Tribunal Federal do Brasil (MS 24.268/04, Rel. Min. Gilmar Mendes) dá sinais sazonais da incorporação dessa democratização do processo, fazendo-o com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (STRECK, 2011). Aliás, os projetos dos novos Códigos de Processo Civil e Penal poderiam tirar proveito desse tipo de decisão...!

#### **4.1.5 Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada**

Esse padrão tem uma relação de *estrita dependência* do dever fundamental de justificar as decisões e daqueles princípios (ou sub-princípios) – cunhados pela tradição constitucionalista e que podem aqui ser, digamos assim, reaproveitados – que tratam do *efeito integrador* (ligado ao princípio da unidade da Constituição), da *concordância prática* ou da *harmonização*, da *máxima efetividade* e da *interpretação conforme a Constituição*. Como princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, a obrigação de fundamentar – que, frise-se, *não é uma fundamentação de caráter apodítico* – visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios. Consequente-



mente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras do conteúdo que sustenta o *domínio normativo* dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.

Há, pois, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição* ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição e a existência de eventual contradição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vorverständnis*), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*verstehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.

O direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna).

## REFERÊNCIAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal In: CATTONI, Marcelo. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição demo-

crática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro, 2007, cap. 8., p. 113-125.

DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252, set./dez. 2009, p. 25-43.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1983.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap, 1986.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Editora lustel, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 9-11.

HOMMERDING, Adalberto. N. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias: imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCO Aurélio vê sua homenagem como 'estímulo'" [2010]. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 06 jul. 2010.

MINISTRO Marco Aurélio é homenageado pelos 20 anos de STF em exposição comemorativa. In: Notícias STF. Brasília, 17 jun. 2010. Dispo-

nível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154675>>. Acesso em: 06 jul. 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

RAMIRES Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Regra ou princípio: Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, Vol. 15, n. 1, jan./abr. 2010, p. 158-173. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>.

SILVA, Cecília de Almeida; VIEIRA, José Ribas; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice R. Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994.

Recebido em: 01/11/2011

Pareceres emitidos em: 01/11/2011 e 05/11/2011

Aceito para a publicação em: 15/11/2011