

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

VANESSA VIEIRA PESSANHA

ANDREAS KRELL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Grazielly Alessandra Baggenstoss; Vanessa Vieira Pessanha; Andreas Krell – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-626-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) de Hermenêutica Jurídica do XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu em Salvador-BA, concentrou-se em três etapas de apresentação – cada uma seguida por uma sessão de comentários por parte da coordenação do GT e dos pesquisadores presentes – e contemplou trabalhos de base teórica e estudos de aplicabilidade das construções teóricas hermenêuticas. A inestimável contribuição de cada um dos artigos apresentados sedia-se na contemporaneidade e na relevância da abordagem dos temas selecionados pelas autoras e pelos autores, os quais traçam pensamento crítico e em sintonia com a realidade brasileira atual.

O texto intitulado “Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito”, elaborado por Rebeca Henriques Silva Ivo e Daniel Alves dos Santos, desenvolve, a partir da teoria hermenêutica de Lenio Streck, uma crítica às técnicas de interpretação utilizadas por uma boa parte dos juízes brasileiros, que deixa de aproveitar as novas possibilidades hermenêuticas surgidas com a “virada linguística” na Filosofia, e insiste em uma atitude solipsista, sem respeitar a “integridade” do Direito.

O artigo “Hermenêutica e paradigma do pluralismo na jurisdição constitucional”, apresentado por Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira, estrutura-se na inquietação acerca de como se legitima a atuação do magistrado e como as teorias hermenêuticas podem contribuir para a certificação dessa legitimidade. Passando por uma discussão sobre os principais modelos de democracia na atualidade (liberal, comunitário, deliberativo), a autora apresenta o modelo da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle.

O trabalho “Hermenêutica, exegese e ativismo judicial: a concretização da norma constitucional”, da lavra de Bricio Luis da Anunciação Melo e de Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, traz o questionamento sobre o ativismo judicial que pode ser “do bem” e “do mal”, destacando o ponto decisivo da postura do magistrado e os frequentes abusos do conceito de proporcionalidade. Os autores enfatizam, ainda, que, para uma legitimação de sua atuação, pela leitura de Konrad Hesse, o intérprete deve partir da norma e retornar a ela – e não retornar à sua vontade.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Maria Cristina Zainaghi são autoras do artigo intitulado “A interpretação da norma processual”, em que se destacou a preocupação para com a aplicabilidade da norma processual do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2016), em que, especialmente no âmbito executório, procede-se a uma extensão extrema de norma sob a justificativa de promover a sua efetividade. Assim, defendem que a base principiológica da codificação resta prejudicada, o que dificulta sobremaneira uma interpretação “razoável” das normas.

No trabalho “Coerência e integridade: o desafio hermenêutico do advogado na superação ao casuísmo da fundamentação judicial no sistema de precedentes judiciais”, Silvio Ulysses Sousa Lima e José Eleomá de Vasconcelos Ponciano levantam a questão do déficit argumentativo na hora da apresentação de razões jurídicas por parte dos advogados, sublinhando a finalidade deste ato para contribuir para a construção de uma decisão judicial correta pelo magistrado.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho e José Nilo Avelino Filho propõem o artigo “Utilização (in)correta dos princípios como suporte fundamental das decisões judiciais no Brasil”, em que, a partir da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), discutem e criticam a utilização equivocada e pouco organizada dos princípios por parte dos tribunais brasileiros.

Os “Critérios de interpretação de Savigny e a hermenêutica do direito privado contemporâneo” são trazidos por Antonio Lourenço da Costa Neto e Marcia Maria Pinheiro da Silva, cujos estudos têm por objeto a obra “Sistema do Direito Romano Atual”, de Savigny, e a sua recepção no Brasil e em Portugal. Verificando algumas incorreções nas traduções realizadas, concluem pela atualidade dos ensinamentos da obra, bem como pela não superação dos constructos teóricos delineados pelo autor.

A “Teoria sistêmica, alopoiese e justiça social na Lei 13.467/2017: uma visão pós-luhmanniana da reforma trabalhista” foi apresentada por Mauricio de Melo Teixeira Branco, o qual demonstrou, a partir dos conceitos básicos da “Teoria dos Sistemas”, de Niklas Luhmann, e de escritos pós-luhmannianos, que a Reforma Trabalhista brasileira, de 2017, reflete uma relação alopoiética entre os sistemas jurídico e econômico no país, com predomínio deste último.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari trouxeram o estudo “A ausência de consenso sobre a extensão dos termos ‘proporcionalidade’ e ‘razoabilidade’ em ações indenizatórias em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do RJ”, em que refletem

criticamente sobre a utilização, em casos no órgão jurisdicional mencionado, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade com o intuito de construir soluções corretas para os litígios relacionados à concessão de danos morais.

O trabalho “A utilidade de argumentos pragmáticos no processo de tomada de decisões judiciais justas – um viés eleitoralista”, da autoria de Leonardo Tricot Saldanha e Sarah Francieli Mello Weimer, oferece o cenário da justiça eleitoral e a sua argumentação pragmática para criticar as técnicas decisórias típicas deste ramo jurídico, as quais sobrevalorizam as consequências da decisão judicial sem, contudo, revelar essa preocupação nos motivos da sentença.

A “Pensão alimentícia como direito coletivo fundamental stricto sensu e seu acolhimento e efetivação por meio da hermenêutica jurídica” é o trabalho de Letícia de Oliveira Catani Ferreira e Danilo Henrique Nunes, em que defendem a sua hipótese ao argumento de que o direito coletivo perfaz-se a partir da vinculação de um determinado grupo de pessoas por questões jurídicas.

Finalmente, o artigo “(In)segurança jurídica: a interpretação e a aplicação da Lei n. 13.467/17 de acordo com o art. 8º, § 2º da CLT” é trazido por Maria Júlia Bravieira Carvalho, que questiona as súmulas e a sua caracterização como determinações normativas que criam direitos ou obrigações, procurando avaliar se o referido dispositivo legal proporcionará maior segurança jurídica às relações de trabalho.

Todos os 18 (dezoito) artigos aprovados para o GT de Hermenêutica Jurídica foram apresentados, promovendo discussões bastante proveitosas e debates relevantes. Vale registrar que os trabalhos aprovados para o GT e não mencionados nesta apresentação dos anais podem ser encontrados na “Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica”, periódico do Conpedi disponível na Plataforma Index Law Journals.

Saudações acadêmicas e votos de boa leitura,

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC)

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha (UNEB)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HERMENÊUTICA, EXEGESE E ATIVISMO JUDICIAL: A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

HERMENEUTICS, EXEGESIS AND JUDICIAL ACTIVISM: THE IMPLEMENTATION OF THE CONSTITUCIONAL NORM

Bricio Luis Da Anunciacao Melo ¹
Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias ²

Resumo

A interpretação de normas constitucionais foi entendida por um longo tempo como sendo a busca da vontade da lei, buscando desvendar o sentido da norma. Como reação a uma interpretação literal, o ativismo judicial procurou conferir uma ampla liberdade aos magistrados, com o fim de fazer justiça, podendo, para tanto, ir de encontro ao texto positivado. A nova hermenêutica, entretanto, busca a concretização da norma constitucional, revelando um processo criativo, partindo e sendo limitada pelo texto normativo, a partir de valorações da realidade vivenciada pelo intérprete. Para tanto, far-se-á uso da técnica de revisão de literatura e do método histórico.

Palavras-chave: Hermenêutica, Interpretação, Exegese, Ativismo judicial, Concretização

Abstract/Resumen/Résumé

The interpretation of constitutional norms was understood as the search for the will of the law, seeking to unveil the meaning of the norm. As a reaction to a literal interpretation, judicial activism sought to grant ample freedom to magistrates, with the purpose of doing justice, and, in order to do so, to meet the positive text. The new hermeneutics seeks to concretize the constitutional norm, revealing a creative process, starting and being limited by the normative text, based on the experiences of the interpreter. To do so, we will use the technique of literature review and the historical method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hermeneutics, Interpretation, Exegesis, Judicial activism, Implementation

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

² Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Efetiva Adjunto da Universidade Federal de Sergipe

1. Introdução

A questão da interpretação de textos e de precisar o significado dos escritos permeia a humanidade desde a Antiguidade. Muito embora a hermenêutica como ciência interpretativa tenha surgido em razão da necessidade de uma correta interpretação dos textos bíblicos, foi transportada para o Direito em função da necessidade de interpretação da legislação vigente e de se conferir o direito ao caso concreto.

Como ciência que é, a hermenêutica possui diversas correntes doutrinárias que divergem no tocante à interpretação do texto constitucional. O texto tratará, essencialmente, do positivismo clássico, que defende ser a atividade interpretativa a busca do sentido da lei, bem como de um movimento que hoje se verifica no direito brasileiro denominado ativismo judicial, que busca conceder uma ampla liberdade aos magistrados na interpretação do texto constitucional, com o fim de fazer justiça.

O presente texto tem por escopo demonstrar como a nova hermenêutica enxerga o processo de interpretação de normas jurídicas constitucionais. A atividade interpretativa deixa de buscar a vontade do legislador e passar a ser encarada como concretizadora da norma jurídica.

Com tal desiderato, far-se-á uma análise do que seria atividade interpretativa para duas correntes frontalmente opostas: o positivismo exegeta e o ativismo judicial. Para tanto, será utilizado o texto *A Jurisprudência Americana sob os olhos ingleses: entre o pesadelo e o nobre sonho*, de Herbert Hart, como referencial teórico, para demonstrar que ambas as correntes, devido aos extremos que pregam, acabam por não atender a um moderno conceito de interpretação da norma constitucional.

Evidente que, pelas circunstâncias e dimensões do trabalho, a análise não ultrapassará um nível inicial de debate do tema. Com o fim de se construir uma moderna concepção teórica sobre a interpretação constitucional, observar-se-á a seguinte sequência: em um primeiro momento, tentar-se-á expor o problema da interpretação a partir de dois tipos ideais, aqui metaforicamente reproduzidos como “o nobre sonho” e o “pesadelo”.

Após, partindo da premissa de que a atividade interpretativa é concretizadora, sustentar-se-á que a nova hermenêutica não busca o real sentido da norma, mas é, eminentemente, criativa. Com lastro nesse marco teórico, defender-se-á que há uma carga valorativa no processo hermenêutico cujo ponto de partida e limite é o texto normativo. Para o atingimento desse fim, far-se-á amplo uso da técnica de revisão de literatura sobre

interpretação jurídica constitucional, notadamente por ser um trabalho com questionamentos jurídicos e filosóficos. Por outro lado, serão invocados alguns aspectos do método histórico, de modo a localizar acontecimentos cujos desdobramentos auxiliam a compreensão do estado atual da hermenêutica constitucional.

2. Hermenêutica jurídica e o nobre sonho

Extraí-se da palavra hermenêutica muito de sua corrente definição, especialmente no que tange à característica a ela comumente atribuída de clarificar ou desentranhar das coisas o correto significado. Deriva de Hermes, figura da mitologia grega que seria um mensageiro dos deuses, uma espécie de mediador, encarregado de não apenas anunciar as mensagens divinas, mas, principalmente, ser um intérprete (OLIVEIRA, 2008, p 146). Assim, devido a essa natureza mística do intérprete, o sentido dos textos seria desvendado, elucidado, aos olhos de seres comuns como nós.

Entretanto, como mais adiante será demonstrado, a hermenêutica hoje entende que o sentido do texto não se encontra escondido em seu interior. Dessa forma, não há de se cogitar mais em desvendar o correto significado ou a vontade do legislador. A nova hermenêutica entende que o sentido advém de uma compreensão do intérprete a partir da leitura do texto. Decorre, portanto, de um entendimento construído por aquele que interpreta.

Fixada essa nova premissa da hermenêutica, cabe questionar quem pode interpretar hodiernamente os textos. Ora, se a lógica do conhecimento perpassa pela tensão entre o conhecimento e a ignorância (POPPER, 2004, p. 14), é de fundamental importância a definição de quem pode interpretar e, dessa forma, formar o seu entendimento a partir de um texto. Nesse sentido, seguindo os ensinamentos de Karl Popper, a quem caberia formular o problema que dará origem ao conhecimento?

A visão tradicional elenca apenas a doutrina (interpretação particular), os juízes (interpretação judicial) e os legisladores (interpretação legislativa) como aptos a interpretar textos jurídicos (GUERRA, 2007, p. 26). Em oposição a essa forma de pensar, à qual ele denomina de sociedade fechada, Peter Häberle propõe que todos aqueles que vivem a norma, seja órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos possam realizar a interpretação constitucional, não sendo possível fixar um número fechado de intérpretes (HÄBERLE, 1997, p. 12).

Com efeito, a interpretação constitucional seria elemento de uma sociedade aberta, especialmente em se tratando de Estados democráticos. Destarte, não haveria vedação à

interpretação exercida por qualquer cidadão. Nesse sentido, o agente se torna ao mesmo tempo intérprete e destinatário da norma:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 15)

Entretanto, não se pode inferir que todos os intérpretes participam da mesma forma do processo hermenêutico, uma vez que é inequívoco que os juízes constitucionais dão a última palavra acerca da interpretação da norma. Deve-se entender que, na construção de uma interpretação mais justa e razoável, os juízes constitucionais não se encontram isolados nesse processo, haja vista a influência dos demais atores nesse processo.

Fixadas tais premissas, é importante salientar que todas as normas jurídicas estão sujeitas a serem interpretadas, ainda que dotadas de uma clareza patente. Isto decorre da percepção de que interpretar não significa extrair o real significado da norma. Se assim fosse, apenas seriam passíveis de interpretação as normas obscuras e difícil entendimento. Como alhures mencionado, interpretar é reconstruir o significado que o seu autor quis passar, atribuindo sentido ao texto. Revela-se, assim, um caráter produtivo e não meramente reprodutivo do processo hermenêutico (STRECK, 2011, p. 114).

Essa visão, porém, não é ainda a que prevalece na comunidade jurídica brasileira, uma vez que a hermenêutica é difundida, ainda hoje, como a atividade de encontrar, na norma jurídica, o seu real objetivo. É a busca da “vontade do legislador”, “vontade da norma” ou de seu “real sentido”.

Esta é a imagem arraigada no imaginário da cultura jurídica nacional, alimentando uma crença de que é possível encontrar o sentido único que a norma jurídica possui. São estas as lições passadas no clássico livro de Carlos Maximiliano¹, que é uma das obras mais difundidas sobre hermenêutica no país.

Tal forma de encarar a interpretação das normas jurídicas não encontra apenas sede doutrinária, mas é encampada por nossos tribunais, que entendem que “acima da vontade do legislador, nenhuma outra existe (...) já que a lei é a condição de estabilidade do direito e o juiz está sujeito ao primado da lei” (SANTA CATARINA, TJSC, 2013). O entendimento

¹Segundo Carlos Maximiliano, interpretação do Direito consiste “na tarefa de descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões de um texto normativo.” (MAXIMILIANO, 2011, p. 2).

jurisprudencial é no sentido de que “o Judiciário não pode legislar (...) sua missão é interpretar a lei e aplicá-la de acordo com a vontade do legislador” (BRASIL, STJ, 2003). Dessa forma, verifica-se que os Tribunais conferem legitimidade às suas decisões em uma figura abstrata como a do legislador ou na vontade da lei.

Com efeito, ainda encontra amplo amparo na cultura jurídica contemporânea a Escola da Exegese, que nada mais é do que uma tentativa de reconstruir qual teria sido a “vontade do legislador” quando a promulgação de uma determinada norma jurídica. A melhor interpretação, portanto, seria aquela que encontrasse o intuito originário de quem redigiu a norma em análise.

Quem defende tal forma de proceder à interpretação de textos jurídicos esquece que, uma vez editada a norma, ela se desprende de seu autor. Ademais, promulgada a legislação, ela se encontra aberta à interpretação dos mais variados atores que a vivenciam que conferirão à mesma suas devidas impressões, em uma atividade, como já asseverado, extremamente construtiva.

É assente que tal corrente interpretativa parte do pressuposto que a legislação teria sido editada de forma perfeita e acabada. Assim, a tarefa do magistrado, que não é visto como um agente interpretativo mas sim um mero operador do Direito, é encontrar o real e único sentido da norma, presente desde o tempo de sua edição por parte do legislador. Supõe-se que o legislador é o detentor do verdadeiro sentido normativo, equiparando-o a um oráculo dos sentidos (SCHMITZ, 2015, p. 94). Precisas as lições de Warat:

O espírito do legislador aparece como uma forma ideológica que outorga precisão ao discurso exegético, recupera as dissidências, estabelece a univocidade da significação jurídica. Em nome do espírito do legislador proclama-se a racionalidade e onipotência do poder legislativo. O espírito do legislador nos surge uma hiper-realidade normativa e é, por conseguinte, perfeito e infalível (WARAT, 1994, ps. 68-69).

É este, então, o nobre sonho mencionado por Hart. Uma crença na possibilidade de que os juízes aplicam as leis preexistentes e não criam novas normas jurídicas, mesmo quando se deparam com uma indeterminação dos textos normativos (HART, 1983, p. 133). Para essa concepção, o direito não é o que os magistrados pensam ser, mas sim o que ele, efetivamente, é. A tarefa incumbida aos juízes é aplicar o direito e não ajustá-lo às suas próprias ideias ou concepções.

O magistrado assume, portanto, uma postura neutra, sendo-lhe vedado enxergar o direito por meio de uma visão crítica de normas editadas no passado, por um legislador

distante da realidade atualmente existente. O juiz torna-se, assim, um porta-voz dos mortos e de uma tradição jurídica irrefletidamente aceita, não assumindo qualquer responsabilidade acerca de suas decisões haja vista ser um mero aplicador da legislação (REIS, 2012, p. 156).

Essa é a máxima do Positivismo Jurídico, corrente filosófica do Direito, ainda não completamente superada no Brasil. Haveria, na verdade, dois positivismos jurídicos: o exegético e o normativista (SCHMITZ, 2015, p. 52). O primeiro é aquele da Escola da Exegese, em que não há qualquer espaço hermenêutico para que o magistrado valora a norma jurídica uma vez que o código é autossuficiente e pretende oferecer conceitos universalmente aplicáveis.

Ele pode ser encarado como decorrência da Revolução Francesa, uma vez que, ao tomar o poder e possuir a maioria do Poder Legislativo, a burguesia passou a encarar o Judiciário como faceta do Antigo Regime a ser controlada. Criou-se, assim, o dogma da completude do ordenamento jurídico com nítido caráter ideológico:

(...) no ímpeto de edificar uma nação francesa única e forte, a solução encontrada pelo Legislador foi a idealização de um ordenamento jurídico que se propunha tão completo, tão perfeito, que sequer careceria de interpretação ou atividade volitiva por parte de quem julgasse um caso concreto. (SCHMITZ, 2015, p. 54)

Já o positivismo normativista tem base na Teoria Pura do Direito de Kelsen, o qual constrói uma teoria de ordenamento jurídico positivo com fundamento de validade em normas superiores, abstraindo-se carga valorativa ao Direito. Assim, seu foco de atenção é a perfeita estruturação do ordenamento, sem que haja qualquer tipo de interferência de relativismo valorativo.

Entretanto, no que tange à aplicação do Direito, não seria possível atingir essa pureza pretendida por Kelsen. Para ele, a questão da individualização da norma abstrata é um ato subjetivo e relativista, situado não no Direito, mas sim no campo da política do Direito, sendo impossível determinar como o julgador decidirá no caso concreto. Nesse sentido, colaciono:

A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1985, p. 393).

Depreende-se, portanto, que a Teoria Pura do Direito, muito precisa enquanto teoria do ordenamento jurídico, não é suficiente para uma teoria da decisão, pois esta se situa no âmbito da política do direito.

Desta feita, por não ser um problema do direito, mas sim de política, é possível a valoração por parte do magistrado no momento de aplicar a norma ao caso concreto. Com efeito, o juiz sob a ótica do positivismo de Kelsen, não é um mero operador do Direito, mas valora a norma no momento de sua aplicação. Há espaço para subjetividade, de modo que a segurança tão propagada pelo positivismo clássico, o nobre sonho na visão de Hart, não se sustenta uma vez adotada a visão de Kelsen de ordenamento jurídico positivo.

3. Ativismo judicial e o pesadelo

Com a evolução do constitucionalismo pátrio, em que uma Constituição extremamente principiológica passou a ser o centro do ordenamento jurídico, surgiu uma nova forma de atuação jurisdicional, predominantemente criativa, embasada na hermenêutica jurídica, na qual se revelam aspectos decisoriais com vieses políticos, até então somente utilizados pelos poderes Executivo e Legislativo.

Isso decorreu, em boa medida, como frontal reação a uma corrente hermenêutica extremamente exegética, como acima explicitado, diante de uma constituição principiológica em que se conferem amplos direitos fundamentais aos cidadãos, sem uma correspondente aplicação concreta dos mesmos. Assim, ao aplicar direitos fundamentais, o magistrado faz usos de sua pré-compreensão, revelando assim a condição de poder político do Judiciário e fazendo surgir o termo judicialização da política².

Com efeito, judicialização da política seria, então, a decisão pelo Judiciário de questões com caráter político e social, que foram, de certa forma, negligenciadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, como decorrência do princípio da inafastabilidade da função jurisdicional.

Dessa forma, com a judicialização da política, inúmeras questões que, anteriormente, não eram levadas ao Judiciário acabaram por lá aportar: desde fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, até questões políticas passaram a ser resolvidas pelo Poder Judiciário.

² Segundo Luís Roberto Barroso, haveria hoje uma “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito” (BARROSO, 2015, p. 438).

No que tange ao tema, José Eduardo Faria destaca:

o sistema de justiça teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização do país, sendo levado a assumir o papel de legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo e pelo Legislativo (FARIA, 2004, p. 17).

Nesse sentido, Garapon explica que a democracia acarretou um acúmulo de funções por parte do Poder Judiciário na medida em que a justiça tornou-se um “último refúgio para um ideal democrático desencantado” (GARAPON, 1996, p. 21). Com efeito, o magistrado passou a ser figura central na sociedade contemporânea, assumindo o papel de interlocutor privilegiado da sociedade civil e regulador de conflitos, atuando como “ultimo guardião das promessas, tanto para o indivíduo quanto para a comunidade política” (GARAPON, 1996, p. 23).

Dessa forma, passou-se a esperar do Poder Judiciário mais do que simplesmente julgar, ante a constatação de que, hoje, tudo se espera da justiça. Isso porque os magistrados passaram a estipular “o bem e o mal, além de fixar a injustiça na memória coletiva” (GARAPON, 1996, p. 23).

Destarte, qual seria, então, a relação entre a judicialização da política e o ativismo judicial? O Ministro Barroso, com precisão, explicita que:

(...) a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não o exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandido o seu sentido e alcance (BARROSO, 2011, p. 6).

Dessa forma, o ativismo judicial é uma judicialização da política em que há uma atitude proativa do magistrado. Há um exercício deliberado de jurisdição política. Ativa no sentido de tomar para si a responsabilidade de efetivar valores e concretizar direitos (SCHMITZ, 2015, p. 192).

Com efeito, observa-se que, no ativismo judicial, a vontade do julgador vem se sobrepondo à antiga vontade do legislador e ao próprio direito. Assim, sob o pretexto de efetivar uma decisão jurídica justa, os magistrados vêm tomando decisões, muitas vezes, sem qualquer fundamentação jurídica adequada e que divergem frontalmente ao texto escrito pelo legislador, em uma nítida atividade política. Há, portanto, uma aposta e confiança na vontade do legislador como critério de definição de justiça.

Essa corrente, extremamente sedutora, defende essa postura ativa por parte dos juizes em oposição àquele magistrado exegeta, considerado frio e alheio à realidade. Surge daí a ideia de “bom” ativismo, que é aquele que vai corrigir as imperfeições da lei e, dessa forma, evitar a perpetuidade de injustiças.

O problema é que, nesse modelo, há a substituição da vontade do legislador pela do magistrado, de modo que o direito passa a ser definido pelas concepções e vontades do juiz. E se antes o magistrado era um mero porta-voz dos mortos (REIS, 2012, p. 156), passou a ditar o direito, o qual ficou submetido unicamente às suas concepções pessoais e, podemos dizer, voluntariedades.

Reside aí a grande falha do ativismo judicial. Ao submeter o direito a uma grande incerteza jurídica, uma vez que o submete unicamente às suas concepções pessoais, não traz a mínima segurança que a sociedade precisa. Com efeito, não se pode falar de bom ou mau ativismo haja vista não haver qualquer compromisso ideológico por parte desse movimento com uma dentre as várias escolhas valorativamente possíveis:

O ativismo não possui ideologia ou orientação política predefinida. Pode ser extremamente liberal (...), ou de extrema esquerda (...). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado (ABBOUD, Georges, 2014, ps. 425-426)

Desta feita, consoante sua demanda seja apreciada por este ou aquele magistrado, a depender do viés ideológico do mesmo, haverá uma decisão completamente diferente. Essa é a crítica que George Marmelstein tece ao ativismo que hoje vivenciamos no Brasil. Para ele, os magistrados, incluindo os integrantes da Corte Suprema, elegeram o princípio da proporcionalidade como chave mestra para decidir consoante seu entendimento pessoal, apontando-o nas decisões, mas se esquecendo de promover uma fundamentação adequada no que tange à ponderação. Para ele, vigoraria entre nós, para a decisão judicial, uma teoria de *Alexy à brasileira* ou que ele denomina de *teoria da katchanga*³ haja vista ninguém saber ao certo quais são as regras das decisões judiciais, uma vez que o magistrado define quem ganhará a demanda, sem precisar explicar detidamente os motivos.

Precisas são as lições de Daniel Sarmiento sobre o tema:

³George Marmelstein compara a decisão judicial ao jogo da *katchanga*, no qual não se sabe as regras e o vencedor é determinado pelo próprio jogador. Para ele, a *katchanga real*, uma alusão à canastra real do jogo de pôquer, seria o princípio da proporcionalidade. Ele seria aplicado pelo magistrado nos seus interesses, sem qualquer fundamentação adicional. Assim, para decidir de uma determinada forma, mesmo em contrariedade ao texto legal, seria suficiente a invocação ao princípio da proporcionalidade, sem se utilizar, adequadamente, da ponderação proposta por Alexy.

(...) muitos juizes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, 2006, p. 200).

Eis, então, o pesadelo descrito por Hart, no qual as decisões judiciais decorrem de fatores como intuição, personalidade do magistrado e preconceitos políticos. As regras, por si sós, não seriam capazes de determinar resultado algum, de modo que o direito é aquilo que os juizes determinam que ele seja (HART, 1983, p. 130).

Depreende-se, portanto, que o ativismo judicial falhou como forma de superação da aplicação mecanizada da letra fria da lei no processo hermenêutico. Procurou-se superar um modelo extremamente exegeta por outro, baseado na ideia de protagonismo judicial, que trouxe imensa insegurança no que tange à interpretação do direito. Conferiu-se a atividade criadora do direito apenas nas mãos dos magistrados, mas se esqueceu que o Judiciário apenas exerce seu poder de maneira adequada se a motivação das decisões apoiar-se em elementos demonstravelmente democráticos e não em um poder simbólico da jurisdição (SCHMITZ, 2015, p. 199).

4. A concretização da norma constitucional

Diante das falhas acima apontadas pela escola da exegese e pelo ativismo judicial no que tange à interpretação de normas jurídicas, cabe então indagar como esse processo hermenêutico poderia se dar sem esses sobressaltos.

Este trabalho adotará a visão de Konrad Hesse no que tange à interpretação da norma constitucional como solução para essa questão. Para o referido autor, a interpretação seria o processo em que as normas constitucionais adquirem efetiva vigência (HESSE, 1992, p. 25), não sendo possível falar em descobrimento da vontade do legislador ou do magistrado.

O fim da interpretação não é a descoberta da vontade da lei, mas sim encontrar o resultado constitucionalmente correto por meio de um processo de concretização da norma constitucional, que será racional e controlável, gerando certeza e previsibilidade jurídicas (HESSE, 1992, p. 26)

A interpretação seria, portanto, um ato criativo, superando-se a busca do sentido da norma. É bem verdade que a nova hermenêutica compreende uma vertente valorativa, uma vez que o intérprete não analisa a norma com a mente completamente vazia, mas a partir de uma pré-compreensão da realidade em que vive.

Dessa forma, a concretização da norma constitucional depende da incorporação das circunstâncias da realidade que essa norma procura regular, em um processo hermenêutico racional e controlável. Nesse processo, diferentemente do que ocorre no ativismo judicial, o texto da norma Constitucional é o limite da interpretação:

O texto da Constituição constitui o limite da interpretação: qualquer imposição do intérprete em relação à Constituição gera a sua modificação ou quebra. As possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas (GUERRA, 2007, p. 35).

É o mesmo entendimento de Eros Grau, ao fixar o texto normativo como limite do processo hermenêutico:

Note-se bem: ele [o intérprete] não é um criador *exnihilo*; ele produz a norma sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém de reproduzi-la. O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo (GRAU, 2009, p. 33)

Nessa nova hermenêutica, há grande contribuição da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Häberle, já mencionada anteriormente, uma vez que o aumento na participação no processo interpretativo produzirá o surgimento de novas alternativas, as quais propiciarão ao juiz constitucional um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima.

Nem se alegue que a hermenêutica, tomando por base os valores ínsitos ao intérprete, estaria apartada de uma objetividade. Ora, a objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico (POPPER, 2004, p. 22), não dependendo da objetividade do cientista.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a isenção de valores, tão propagada pela escola da exegese, necessária para a obtenção da objetividade nas ciências sociais é, praticamente, inatingível. Com efeito, a atitude do cientista natural é semelhante à do social, ambos dotados de valores e percepções, pois a objetividade científica advém da crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa entre cientistas ou de sua cooperação/competição (POPPER, 2004, p. 23).

Um bom processo interpretativo, destarte, não pode descartar da norma constitucional o aspecto político (da realidade) nem o fator jurídico, cabendo ao hermenêuta a ponderação e equilíbrio nesses dois campos.

É o que Richard Posner denomina de abordagem pragmática. Para ele, nossos valores mais arraigados situam-se abaixo do pensamento e fundamentam nossas ações, de modo que não haveria como dissociar os valores pessoais como fatores agentes no ato de julgar. O que poderia ser feito, a fim de evitar o arbítrio já mencionado, é unir essa vivência do julgador a dados empíricos (POSNER, 1992, p 447).

De fato, ler os autos de um processo ou um artigo legal ou constitucional é um ato que pressupõe aparato linguístico, cultural e conceitual, de modo que esse processo hermenêutico envolve tanto criação quanto descobrimento.

Reconhece-se a postura criativa do processo interpretativo, ao vincular interpretação do direito e concretização, de modo que *“inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização: esta é a derradeira etapa daquela”* (GRAU, 2009, p. 29). Desta feita, a norma é produzida pelo intérprete (e não desvendada), que tem como ponto de partida e limite elementos do texto normativo (mundo do dever-ser), mas que também leva em consideração elementos da realidade (mundo do ser), ou seja, o caso ao qual ela será aplicada (GRAU, 2009, p. 35).

A concretização, então, caracteriza essa nova hermenêutica constitucional, de modo a torná-la apta a melhor responder aos anseios e demandas de uma sociedade cada vez mais complexa. Isso ocorre pois valoriza a realidade social, sem, por outro lado, perder cientificidade, como se dá nos excessos do ativismo judicial.

Então, diferentemente do que muitos pretendem, a função jurisdicional não é um mero complemento da legislativa, em virtude de aplicar no direito no caso concreto. Esse enfoque é ilusório haja vista a lei não ser o direito em si mesma. Ela é somente um dos critérios de apreciação do direito (SANTOS, 1997, p. 9). O legislador edita a lei e o magistrado passa a interpretá-la, criando a norma. Nesse processo concretizador, que parte da legislação e é por ela limitado, há uma valoração por parte do intérprete, que se baseia em elementos da realidade que vive.

Assim, ao conferir uma carga valorativa no processo hermenêutico e fixar como limite o próprio texto a ser interpretado, torna-se possível a adoção de uma tertia interpretativa sem os excessos ou equívocos do positivismo exegeta ou ativismo judicial.

5. Considerações finais

O processo de interpretação das normas constitucionais, muito mais do que uma atividade de descoberta, é uma atividade criativa do direito no caso concreto. O intérprete, muitas vezes o próprio juiz, parte da legislação e, tomando por base suas pré-compreensões e valores que carregam consigo, cria a norma jurídica a ser aplicada, em uma nítida atividade de concretização.

Essa nova hermenêutica, voltada para a realidade social e menos mecânica e formalista, revela-se cada vez mais importante diante das novas necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa e que espera uma resposta aos seus anseios.

Como parte da legislação e é por ela limitada, não haverá o risco de serem criados decisionismos sem qualquer fundamentação, sob o pretexto de promover uma interpretação da legislação quando, na verdade, estar-se-ia diante de uma imposição da vontade do intérprete sobre a lei. Havendo esse limite na própria legislação, há a valorização da realidade social, sem que se perca cientificidade.

Dessa forma, essa nova hermenêutica, uma vez que reconhece a influência das pré-compreensões e valores na interpretação de textos constitucionais, acarreta uma importante mudança no processo interpretativo, atendendo, assim, de forma mais satisfatória, a questão da interpretação dos direitos fundamentais elencados na Constituição.

Referências

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.

Disponível

em:<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Acesso em 26 nov.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 510.831/GO, Relator: Ministro José Delgado, Brasília, 8 de setembro de 2003. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=510831&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em 22 nov 2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FALCÃO, Clovis. Sobre as críticas à separação entre direito e moral: um estudo a partir de Hart. In: JUST, Gustavo; REIS, Isaac (Coords.). **Teoria hermenêutica do direito: autores, tendências e problemas**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006>. Acesso em 12 out. 2017.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a teoria da katchanga**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 21 nov. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e interpretação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Richard. **Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights**. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2885&context=journal_articles>. Acesso em 22 nov. 2017.

REIS, Isaac. Entre o pesadelo e o nobre sonho: a hermenêutica da incerteza e a retórica da objetividade. In: JUST, Gustavo; REIS, Isaac (Coords.). **Teoria hermenêutica do direito: autores, tendências e problemas**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Reexame Necessário 2011.015513-4, Relator: Des. Newton Trisotto, Florianópolis, 18 de junho de 2013. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23928888/reexame-necessario-reex-20110155134-sc-2011015513-4-acordao-tjsc/inteiro-teor-23928889>>. Acesso em 28 nov 2017.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Fabris, 1994.