

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

*A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA COMO VETOR DE
LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS*

RICARDO CAVALCANTE BARROSO

Recife

2006

RICARDO CAVALCANTE BARROSO

***A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA COMO VETOR DE
LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

Recife

2006

RICARDO CAVALCANTE BARROSO

*A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA COMO VETOR DE LEGITIMAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: aprovado

Prof. Dr. Titular João Maurício Leitão Adeodato - UFPE

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva - FMR

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva - UFPE

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Recife, 15 de março de 2006.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Arthur Stamford da Silva

A G R A D E C I M E N T O S

Aos meus pais, Nazareno e Sônia, pelo apoio de sempre.

À minha esposa, Bianca, pela parceria para a vida.

Aos Professores Raymundo Juliano, João Maurício Adeodato e Sérgio Torres pela paciência e amor pela Academia.

“O ato verdadeiro da descoberta não consiste em descobrir novos territórios, mas sim vê-los com novos olhos.” (FREIRE, Gilberto apud GONÇALVES, Fernando Antônio. *Jornal do Commercio*, Recife, 12 de maio de 2001. Opinião, p. 10.)

RESUMO

BARROSO, Ricardo Cavalcante. *Hermenêutica jurídica democrática como vetor de legitimação das decisões judiciais*. 2005. 215 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A Hermenêutica Jurídica exercida pelos juízes como agentes de um Estado Democrático de Direito envolve uma abertura cognitiva e contextualizante. O labor hermenêutico necessita incorporar aspectos formais e materiais que venham a produzir uma decisão legítima e justa. Para tanto, a decisão judicial deve ser produzida em um processo cujas regras sejam previamente estabelecidas e aceitas pelas partes, no qual será dada ampla participação e efetivo poder de influir no resultado final, a decisão. O produto final deve ser transparente, possuindo, para tanto, uma fundamentação racional. Sob o aspecto material, a decisão deverá incorporar objetivos constitucionais, inclusive concretizando direitos fundamentais. Obedecida essa dupla exigência, resta caracterizado o método cognitivo participativo e legitimante da hermenêutica jurídica democrática, cuja finalidade maior é produzir decisões legítimas e justas.

Palavras-chave: Hermenêutica; Democracia; Legitimidade; Devido Processo Legal.

ABSTRACT

BARROSO, Ricardo Cavalcante. *Democratic juridical hermeneutic as a legitimation vector of judicial decisions*. 2005. 215 f. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The Juridical Hermeneutic exercised for judges in a Democratic State of Law involves an open and contextualized cognition. The hermeneutic labor needs to incorporate some formal and material aspects that comes to produce a legitime and just decision. The judicial decision must be produced in a legal process with known and accepted rules. A participative process, where the parts have the power to construct the decision. The final product of this process must be transparent and uses a racional motivation. In a material aspect the decision needs to incorporate constitucional objectives, giving efetivity to the fundamental rights. These observations produce a legitime and participative method of cognition that belongs to a democratic juridical hermeneutic.

Key words: Hermeneutic; Democracy; Legitimacy; Due Process of Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

AGR – Agravo Regimental

DJ – Diário de Justiça

EDV – Embargos de Divergência

MC – Medida Cautelar

QO – Questão de Ordem

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
	Capítulo 1 O PENSAMENTO JURÍDICO E A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	14
1.1	O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO E A PRETENSÃO DE CERTEZA E SEGURANÇA DO DIREITO	15
1.1.1	<i>Crítica ao Fechamento Cognitivo e ao Dogma da Certeza no Pensamento Moderno</i>	21
1.2	PÓS-POSITIVISMO E O PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: A ABERTURA COGNITIVA E A ADEQUAÇÃO DO DIREITO.....	32
1.2.1	O Método Jurídico e o Pensamento Jurídico voltado ao Caso Concreto.....	32
1.2.1.1	<i>A Contribuição da Tópica no Pensamento Jurídico Contemporâneo</i>	39
1.2.2	O Diálogo como Método Jurídico e a busca da Legitimidade do Direito.....	46
1.2.2.1	<i>A Mudança do Paradigma da Verdade</i>	47
1.2.2.2	<i>O Diálogo e a Concretização do Direito</i>	50
1.2.3	A Abertura Participativa no Procedimento como Mecanismo de Legitimação das Decisões Judiciais.....	54
1.2.3.1	A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e a Hermenêutica Democrática.....	61
1.2.4	O Risco do Decisionismo gerado pela Abertura Hermenêutica e Problematicante..	66
	Capítulo 2 O PLURALISMO COMO CARACTERÍSTICA MARCANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	69
2.1	A SOCIEDADE PLURALISTA.....	69
2.2	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PLURALISMO COMO VETORES DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA.....	75
2.3	O ESTADO BRASILEIRO E UMA BREVE ANÁLISE SOBRE SUA CRISE DE EFETIVIDADE EM FACE DA DEMOCRACIA.....	78
2.4	O PLURALISMO JURÍDICO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA.....	81
	Capítulo 3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	85
3.1	ANÁLISE TEORÉTICO-JURÍDICA DO CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE.....	89
3.2	ANÁLISE TEORÉTICO-POLÍTICA E POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DA DISCRICIONARIEDADE.....	90
3.3	A VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FATOR DETERMINANTE PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE.....	91
3.3.1	Teoria Das Determinantes.....	92

3.3.2	A Vinculação Constitucional No Estado De Direito Democrático-Constitucional..	93
3.4	A DISCRICIONARIEDADE NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL DE SELECIONAR A MELHOR SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO.....	100
3.5	O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE.....	109
	Capítulo 4 O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	114
4.1	O DIREITO JUDICIÁRIO E O PAPEL CRIADOR DA JURISPRUDÊNCIA....	114
4.2	A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	118
4.3	ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO ALTERNATIVO.....	124
4.4	AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS DO DIREITO PORTUGUÊS.....	127
4.5	POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO.....	129
	Capítulo 5 O PROBLEMA DE LEGITIMIDADE.....	140
5.1	ORIGENS DO TERMO LEGITIMIDADE.....	142
5.2	LEGITIMIDADE NO ESTADO MODERNO E MONOPÓLIO DO DIREITO.....	145
5.3	POSIÇÃO DE J. J. GOMES CANOTILHO SOBRE A PERSPECTIVA DE UMA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL.....	151
5.4	LEGITIMIDADE E VERDADE.....	154
5.5	LEGITIMIDADE E JUSTIÇA.....	155
5.5.1	O Princípio ou o Valor da Justiça.....	158
5.5.2	Razoabilidade e Justiça.....	164
	Capítulo 6 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO VETORES DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	173
6.1	COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA DAS PARTES EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL.....	179
6.2	A SOBREALÊNCIA DAS PARTES NO PROCESSO.....	182
6.3	NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO COROLÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	184
6.4	A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA E O MÉTODO COGNITIVO PARTICIPATIVO E LEGITIMANTE.....	186
	CONCLUSÃO.....	190
	BIBLIOGRAFIA.....	197

INTRODUÇÃO

O estudo que ora se inicia tem por objeto a análise da hermenêutica jurídica, com especial ênfase na tarefa de julgar conflitos, quando exercida em um Estado Democrático de Direito. O exercício hermenêutico preocupado com o resultado de suas conclusões e com o alcance da legitimidade e da justiça.

Pretende-se propor elementos metodológicos a serem utilizados na interpretação jurídica com o fim de produzir decisões legítimas. Esse método, por ser consectário de um regime democrático de direito, deverá incorporar aspectos formais e materiais que resultem em decisões legítimas, ou, pelo menos, dotadas de um melhor grau de legitimidade e justiça.

Deve-se analisar a dificuldade enfrentada pelo aplicador do direito ao se debater entre a necessidade de obter certeza e cientificidade em contraponto à exigência de que o resultado cognitivo seja aberto e adequado.

Nesta dificuldade prática e cognitiva reside a relevância do tema proposto, visto que este dilema afeta e preocupa as principais doutrinas jurídicas e a teoria do direito atualmente, vez que a hermenêutica é vista como um exercício lingüístico e contextualizado à realidade sobre a qual incide o direito.

Esclareça-se, desde já, por necessidade metodológica de definição operacional, que as expressões “Estado Democrático de Direito” e “Estado de Direito Democrático” serão usadas para designar respectivamente o Estado, cujo foco e a forma de agir do poder estatal estejam imbuídos de transparência e de mecanismos de participação popular na tomada de decisões estatais submetida à legalidade, e o Estado

cuja produção jurídica emane normas com conteúdo democrático, que poderá ser acionado pelo cidadão.

Nesta tarefa, será analisada a evolução do próprio direito e da interpretação jurídica, desde a sua concepção medieval fundada em postulados imateriais e no absolutismo, até uma postura mais afeita à razão humana com vistas a filtrar o direito das influências subjetivistas e perniciosas da vontade do soberano ou mesmo da Igreja.

Outrossim, é nesse aspecto dual que se coloca o problema da concretização do direito, de um lado evoluímos para perceber que é útil e necessário reconhecer a atuação do agente interpretativo como influída da vontade e “pré-conceitos”; por outro, surge a necessidade de controlar, sem eliminar, a atuação exegética com vista ao atendimento dos fins a que se propõe o Estado, especialmente sob o pálio dos objetivos constitucionais que devem permear toda atuação estatal, seja executiva, legislativa ou judiciária.

Nessa atividade interpretativo-criativa do direito é percebida uma margem de liberdade de atuação para o intérprete no momento de concretização do direito, em especial no contexto judicial, que, à míngua de um enquadramento formal dessa liberdade, passa-se a admitir uma discricionariedade judicial, sujeita aos mecanismos de controle a ela inerentes, sobretudo voltada à confirmação dos objetivos constitucionais.

Será oportuna a referência à análise feita por José Joaquim Gomes Canotilho quando estuda a discricionariedade legislativa, para, utilizando-se de alguns de seus postulados, remetê-los à análise da discricção judicial.

Neste contexto, torna-se importante analisar a legitimidade, atribuindo-lhe o caráter de pretensão do Estado como própria necessidade de sua manutenção e existência, com maior ênfase em um Estado Democrático de Direito.

O processo de concretização do direito em um Estado Democrático pretende ser legítimo e, para tanto, deverá, como se verá, incorporar o pluralismo, admitindo o debate dos diversos projetos de vida vigente na sociedade.

Não se pode olvidar, simultaneamente, que a interpretação-criação do direito está voltada para a concretização da Justiça e dos planos previstos na Constituição, donde inegável o caráter político do juiz.

Será analisado o papel ativista do julgador, oportunidade em que será útil avaliar o direito alternativo em sentido amplo, além da experiência do Supremo Tribunal Federal e do direito comparado.

Volvendo-se ao processo judicial, verifica-se a importância da participação das partes para a construção de uma decisão judicial legítima, avaliando-se tanto o aspecto procedimental quanto o conteúdo da decisão que deverá incorporar a concretização de objetivos constitucionais, sob pena de ser inconstitucional e, portanto, ilegítima.

Ademais, justifica-se a análise da legitimidade das decisões judiciais no contexto atual sobretudo em razão da denominada crise do Poder Judiciário, sendo necessário observar que a legitimidade é pressuposto essencial de estabilidade do Estado e das relações sociais, além de requisito para a justiça e consectário da democracia. Tanto que Castro Júnior ¹, em obra voltada para o tema referido, analisa que há uma crise na qualidade do título de poder em relação ao Judiciário, causada sobretudo pela sua omissão e ineficiência na compatibilização das suas funções constitucionais com os

¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 25-26.

fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Segundo ele a estrutura do Poder Judiciário contradiz a evolução e os anseios da sociedade.

Com efeito, em conclusão, surge que a melhor forma de produção das decisões judiciais estatais dá-se através do exercício de uma hermenêutica jurídica democrática, a qual decorre de um método cognitivo participativo e legitimante capaz de produzir decisões legítimas e dotadas de posição conciliatória.

Capítulo 1

O PENSAMENTO JURÍDICO E A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Essa abordagem preliminar é bastante pertinente, pois é interessante exibir a incapacidade do modelo dogmático rígido para atender a uma satisfatória tomada de decisão, em contraponto a uma interpretação aberta e contextualizante.

O direito, inicialmente, como regras jurídicas e, depois, como norma resultado da atuação criativa e contextualizada do aplicador das regras jurídicas.

O dilema entre a certeza e adequação, dinâmica e estática no direito, desenvolvimento e tradição está bastante presente no presente estudo e já foi sublinhado por Lourival Vilanova² quando afirma que o direito é uma técnica de harmonizar, num equilíbrio instável, o diálogo entre rotina e invocação, tradição e inédito.

Por igual, será preciso pensar o sistema jurídico como fruto da reconstrução dialógica retrospectiva do ordenamento pelo intérprete e, em especial, pelo aplicador, e não como fruto de uma construção monológica prospectiva realizada pelo legislador. Por isto, do sistema reconstruído pelo aplicador no pensamento problemático, não se exige que se incluam todas as normas do ordenamento jurídico, mas somente aquelas relevantes para o caso concreto. E isso implica a responsabilidade do aplicador em considerar sempre o contorno fático do caso concreto para determinar que normas estão em jogo em uma determinada questão posta.³

² VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**.vol.I, São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.359

³ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 58.

1.1 O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO E A PRETENSÃO DE CERTEZA E SEGURANÇA DO DIREITO

O pensamento jurídico moderno, como se verá, pretendeu atribuir o máximo de certeza e segurança às relações jurídicas com influência na atividade cognitiva do aplicador do direito. Neste sentido é que se manifestaram as diversas formas de pensamento jurídico na era moderna.

O pensamento moderno se impõe após o desmoronamento do *Sacrum Imperium*, fato que produziu a emancipação do indivíduo.

Surgia, neste momento, o pensamento cartesiano, através do qual René Descartes, fundador da geometria analítica, elaborou seu sistema filosófico partindo da razão humana que é a única coisa de cuja existência não se pode duvidar – penso, logo existo⁴ – pondo em dúvida, assim, a existência de tudo o que nos rodeia.

Sendo assim, Descartes introduziu uma inversão total na filosofia, já que, no pensamento da antiguidade e do cristianismo, tomou-se como base uma certa ordem do ser, de cuja realidade nunca se duvidou e dentro da qual o homem ficou colocado com uma forma determinada.

Com Descartes, inseriu-se na filosofia moderna a filosofia da consciência, o idealismo que parte do sujeito e, em lugar da confiada aceitação do seu objetivo no mundo, passou-se à construção do mundo mediante o poder da razão.

⁴ *Cogito, ergo sum*. “E finalmente considerando que todos os pensamentos que temos quando acordados também nos podem ocorrer quando dormimos, sem que nenhum seja então verdadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que haviam entrado em meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas logo depois atentei que enquanto queria pensar assim que tudo era falso era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade – penso logo existo – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava.” (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.38.)

Pelo pensamento cartesiano, deduz-se uma ciência universal que compreenda todas as demais disciplinas particulares e vislumbra-se na matemática a ciência por excelência, pois nela a razão tem sempre como ponto de partida determinados axiomas evidentes, do que tudo o mais se depreende com estrita necessidade. Assim, tudo que a razão não possa captar com clareza e distinção é rejeitado como inexistente.

Quanto ao problema jurídico, a aplicação do método matemático às ciências do espírito acabou por gerar um voluntarismo radical, de tal forma que as leis morais ou éticas teriam sido expedidas por Deus, assim como as leis da natureza, de forma indiferente e absoluta. Esta postura de Descartes acabou por influenciar a postura de Hobbes e Spinoza para quem o direito se transformou em um simples produto da força.⁵

Hobbes⁶ afirma que os homens vivem em um estado de insegurança e o surgimento do corpo político ou Estado implica em conceber um poder soberano resultado do poder e da força que cada um dos membros da sociedade transfere para o Estado através da denominada convenção. E assim, cada um abandonaria seu próprio direito de resistência em favor desse corpo político.

Está em voga a razão, tanto que o eixo da origem do poder, que antes repousava na esfera divino, se desloca e agora reside na razão, na natureza humana, em face da necessidade de certeza e segurança nas relações.

Em contraponto ao racionalismo, mas ainda na era moderna, surge o empirismo com destaque na obra de John Locke que critica a doutrina das idéias inatas de

⁵ VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental* : visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Trad. Mario de La Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, p.169.

⁶ HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**: tratado da natureza humana; tratado do corpo político. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p.132.

Descartes e afirma que a alma é como uma tábula rasa e o conhecimento só começa após a experiência sensível.

Locke⁷ também é conhecido como o teórico do liberalismo político que se constituiu contra o absolutismo real então vigente, após o ocaso da idade média, momento em que os soberanos absolutos erguiam seu poder.

Se, em um primeiro momento, a burguesia apóia a formação das monarquias nacionais como forma de gerar um Estado forte contra a influência religiosa, o que, de certa forma, alimentou o absolutismo, em um segundo momento a burguesia passa a reivindicar sua própria autonomia, donde o pensamento burguês busca separar Estado e Sociedade, vinculando esta última, sobretudo, às atividades econômicas.

O liberalismo buscou nas teorias contratualistas a legitimação do poder que não estará mais fundado no direito divino dos reis, nem na tradição, nem na herança, mas no consentimento dos cidadãos.

O liberalismo pode ser entendido sob três vertentes: o liberalismo político, que traduz a luta contra o absolutismo real já mencionado; o liberalismo ético, como garantia dos direitos individuais, tais como liberdade de pensamento, expressão e religião e supõe o prevalectimento do Estado de Direito; e o liberalismo econômico que se opõe inicialmente à intervenção do poder dos reis nos negócios e que se exercia por meio de procedimentos da economia mercantilista.

⁷ Locke inicia sua análise sobre o poder afirmando que: “Nesses últimos tempos, brotou em nós uma geração de homens dispostos a adular os príncipes com a opinião de que têm eles um direito divino ao poder absoluto, sejam quais forem as leis pelas quais são constituídos e devem governar, ou as condições pelas quais chegaram ao poder, e por mais que seus compromissos de observar tais leis hajam sido ratificados por solenes juramentos e promessas. No intuito de abrir caminho para essa doutrina, negaram à humanidade o direito à liberdade natural, de tal modo que não apenas no que deles dependeu expuseram todos os súditos à máxima desgraça da tirania e da opressão(...)”. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 205.

Sendo assim, sob o aspecto da teoria política vigente, Locke⁸, assim como Hobbes⁹ e Rousseau¹⁰ partem da concepção pela qual os indivíduos se unem mediante um contrato social para constituir a sociedade civil. Segundo essa teoria, apenas o pacto torna legítimo o poder do Estado.

Diferentemente de Hobbes, porém, Locke¹¹ não descreve o estado de natureza (pré-social) como um ambiente de guerra e egoísmo. Para Locke, no estado natural, o homem é juiz em sua causa própria, portanto os riscos das paixões e da parcialidade são muito grandes e podem desestabilizar as relações em comunidade, donde necessário o pacto para equilibrar as relações humanas.

Importa observar que Locke segue a tendência jusnaturalista e defende que os direitos naturais humanos não desapareçam em consequência do consentimento para a criação do contrato social, antes subsistam para limitar o Estado, justificando, inclusive, em última instância, o direito à insurreição.¹²

⁸ “Por conseguinte, todo homem ao consentir com outros em formar um único corpo político sob um governo único, assume a obrigação perante todos dessa sociedade, de submeter-se à determinação da maioria e acatar a decisão desta. Do contrário, esse *pacto original*, pelo qual ele juntamente com outros se incorpora a uma sociedade não teria nenhum significado e não seria pacto algum (...)”(LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 468.)

⁹ “A realização da união consiste nisso, que todo homem, pela convenção, obrigue a si mesmo a um e o mesmo homem, e a um e o mesmo conselho, por meio de que todos são nomeados e determinados a fazer aquelas ações que o dito homem ou conselho deverá ordena-los a fazer(...) Esta união feita desta maneira é que os homens atualmente chamam de um *corpo político (body politic)* ou sociedade civil;”(HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**: tratado da natureza humana; tratado do corpo político. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p.131.)

¹⁰ Ao falar do pacto social como forma de manutenção da sociedade, Rousseau afirma: “Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental ao qual o contrato social fornece solução.”(ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.)

¹¹ “Para entender o poder político corretamente, e deriva-lo de sua origem, devemos considerar o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado(...)”(LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381-382)

¹² ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena. **Filosofando**: introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo : Moderna, 2003, p. 246-247.

Partindo desta concepção, a Escola da Exegese pode ser identificada segmento filosófico surgido no século XIX sob os influxos do racionalismo e que detinha estreito vínculo com o dogmatismo e o legalismo. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior,¹³ o núcleo constituinte dessa teoria já aparece esboçada ao final do século XVIII. No campo jurídico falava-se em sistema da ordem da razão ou sistema das normas conforme a razão, entendendo-se com isso a unidade das normas a partir de princípios dos quais todo o mais era deduzido. Interpretar significava, então, inserir a norma em discussão na totalidade do sistema.

A Escola da Exegese era composta pelos comentadores do Código Civil Francês, o chamado Código de Napoleão, e fundava-se na concepção da perfeição do sistema normativo, na sua completude e de que, na generalidade da lei, encontrava-se a solução para todas as situações jurídicas.

A busca da certeza nas relações jurídicas e do afastamento de subjetivismos era marcante, tanto que possuía por mandamento o postulado de que a lei era a única fonte do direito, expressão mesmo do direito natural, adotando como método interpretativo o literal, orientado para buscar na pesquisa do texto a vontade ou intenção do legislador, repudiando, assim, a atividade criativa da jurisprudência. Em caso de dúvidas, admitia o uso do método lógico.

Sendo assim, desde já, percebe-se o direto contraponto com a situação histórica pretérita vigente no período medieval, em que regia o absoluto poder do senhor feudal, respaldado em fundamentos divinos para exercer sua vontade. Talvez por isso, a

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo : Atlas, 1994, p.81-82.

Escola da Exegese tenha sido tão rígida na adoção de seus princípios, pretendendo, assim, neutralizar subjetivismos então vigentes.

Assim, a atividade dos juízes na França, por exemplo, seria controlada pelo atendimento severo e restrito aos termos da lei, como ato normativo emanado do Povo e que representaria a vontade geral. E, de fato, essa doutrina alcançou prevalência durante o século XIX, seja estimulado pela constatação de que vigia uma época de pouca complexidade social, seja porque o progresso apresentou lenta evolução no período.

O ideal de clareza, certeza e completude tornava supérflua a interpretação judicial, reduzindo a atividade jurisdicional à aplicação da generalidade da lei ao casos concretos.

Na realidade, não era isso o que acontecia já que o ato jurisdicional invariavelmente apresenta componente extra-legais na adoção da postura eleita.¹⁴

Impende observar, portanto, que a Escola em estudo amolda-se perfeitamente aos ideais racionalistas emanados da conquista burguesa contra os desmandos do Rei, fato que, no entanto, como se verá, implicará seu próprio ocaso.

Na Alemanha, por sua vez, com a ausência de um Código normativo como o napoleônico, os pandectistas construíram um sistema dogmático de normas, usando como modelo as instituições do direito romano. Dedicaram-se ao estudo do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, especialmente a sua segunda parte, as *Pandectas*, onde apareciam as normas de direito civil e as respostas dos jurisconsultos às questões que lhes haviam sido formuladas. Daí o nome pandectistas.

¹⁴ “Na realidade outra coisa. A vontade geral imputável à nação era a vontade majoritária da nova classe que destruiu as estruturas aristocráticas. E o ato jurisdicional, por mais apertado que fosse o cerco legalista, movia-se numa margem de discricionabilidade insusceptível de ser eliminada.” In VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**.vol.I, São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.360.

Por igual, a Escola Analítica de Jurisprudência, que teve como seu maior expoente John Austin, apresentava o legalismo como fator característico dessa Escola uma vez que pregava ser objeto do direito apenas as leis e as normas positivas, não interessando ao direito os valores e conteúdo ético das normas.

Para Austin os elementos do direito positivo são, antes de tudo, a soma dos mandamentos (*commands*) de um poder soberano ou de um órgão derivado dele e dirigido a pessoas que estão subordinadas ao poder de que se trate.

O poder soberano seria aquele cujos mandamentos são normalmente obedecidos por um grupo determinado e o termo “mandamento” aplicava-se exclusivamente para aquelas ordens acompanhadas de uma ameaça de uma sanção. E, só as normas previstas de sanção determinam os deveres jurídicos aos súditos. Assim, os elementos fundamentais do direito positivo são: um poder soberano, o mandamento, a sanção e o dever.¹⁵

Mas não foi sempre assim. Ainda no pensamento moderno, podemos detectar manifestações jurídico-filosóficas que detectaram e hostilizaram esse rigor científico que se pretendia atribuir ao direito.

1.1.1. *Críticas ao Fechamento Cognitivo e ao Dogma da Certeza no Pensamento Moderno*

Com essa proposta, a crítica de François Gény contra o espírito legalista do positivismo da época, combateu o fetichismo da lei e a concepção de sua plenitude

¹⁵ AUSTIN, John apud VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental* : visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Trad. Mario de La Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, p. 283-284.

lógica, demonstrando que a lei é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais. Os princípios dessa doutrina corporificaram a denominada Escola da Livre Investigação Científica.

Neste sentido, o pensamento de Gény observa o erro da teoria tradicional formalista na medida em que pretende fazer da jurisprudência uma espécie de geometria social, sem a certeza racional das bases que exige toda ciência matemática, desnaturalizando-a e convertendo-a em uma arte puramente mecânica, desterrando-a pouco a pouco do campo da ciência.

Assim, o resultado que se deseja obter com a teoria tradicional é impossível porque os dados de investigação científica, especialmente a lei escrita, são de origem humana e subjetiva e não podem ser bastante completos e perfeitos para bastar, por si só, às exigências da vida.¹⁶

Assim, por meio de uma construção empírica feita sobre os trabalhos de juízes que se defrontavam, não raro, com lacunas; Gény fez sua defesa em favor da livre investigação científica, que consistia na análise, pelo juiz, sobre os fatos sociais para então obter a regra capaz de resolver o caso concreto.

O filósofo em referência esclarece que o termo “livre pesquisa científica” decorre de uma pesquisa livre, ou seja, subtraída da ação de uma autoridade positiva, um texto legal ou fonte do direito, e de uma pesquisa científica, porque ela não pode encontrar suas bases sólidas senão em elementos objetivos. A teoria de Gény parte da consideração de que o direito é constituído por duas séries de elementos: os dados e os construídos.

¹⁶ GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid : Editorial Reus, 1925, p. 681.

O dado (*le donné*) compreende todos aqueles elementos não criados pelo legislador, mas elaborados pelo fluxo da existência humana, como resultantes da natureza e da experiência social. Esses elementos se impõem ao intérprete e também ao legislador. Seriam dados: o clima, os fatores econômicos e culturais, sentimentos morais e religiosos, tradições do povo, idéias do justo e do injusto, entre outros.

O construído (*le construit*) é o arcabouço de normas que o jurista constrói a partir do dado. É produto da vontade humana. A livre investigação científica do direito está compreendida nesta a segunda classe de elementos, qual seja, os construídos, que permite ao juiz, com base nos dados postos e em face das omissões da lei, elaborar a norma jurídica, imbuído dos mesmos propósitos que orientariam o legislador se fosse chamado a regular a questão sob exame. Orientariam essa livre pesquisa três critérios: o princípio da autonomia da vontade; a ordem e o interesse público; e o justo equilíbrio dos interesses privados opostos.

Assim, o conhecimento se dá sobre o dado, elemento natural, o que atribui um elevado grau de certeza às ações humanas, considerando-as produto da razão natural.

Mas o avanço pára por aí, uma vez que Gény entende que essa livre investigação somente seria aplicável no caso de lacuna das fontes formais do direito e não quando a norma fosse considerada injusta ou desastrosa sua atuação. É nesse sentido a lição de Gény¹⁷ no que expõe a sua limitação filosófica e um apego, ainda, ao formalismo e ao dogma da certeza.

¹⁷ GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid : Editorial Reus, 1925, p. 670. “*Em defecto de toda dirección formal y para los numerosos puntos que no encuentra claramente resueltos, ni por la ley ni por la costumbre, el jurisconsulto no tendrá outro recurso que penetrar directamente em la naturaleza de las cosas, e interogar por sí mismo los elementos sociales, a los que debe fijar la regla. En esta vasta complejidade de datos necesarios deberá aquél hacer clasificaciones numerosas y distinguir los objetos de investigación según el grado de luz y de certeza que éstos le aporten.*”

Destarte, a doutrina de Gény¹⁸ conforma-se com o espírito positivo vigorante na França oitocentista, tendo em vista sua vinculação racional voltada para a certeza e segurança, sem olvidar, contudo, para o ideal da justiça e da utilidade social.

De qualquer modo, é possível visualizar uma evolução no pensamento jurídico após a crítica de Gény ao positivismo, especialmente por considerar que os elementos puramente formais e lógicos do direito positivo são insuficientes para satisfazer às aspirações da vida jurídica, de modo que a jurisprudência deve buscar fora e sobre estes elementos os meios de cumprir sua missão.¹⁹

A própria invocação da vontade na atividade cognitiva surge como fato relevante neste momento.

Ainda na crítica aos dogmas da certeza e da pura objetividade do direito, a Escola Histórica do Direito aparece como linha de pensamento que insere a preocupação histórica no saber jurídico com a pretensão de demonstrar que a cientificidade matemática é insuficiente para explicar o direito.

Verdross aponta como fato anterior e influenciador dos mandamentos da Escola Histórica do Direito as obras de Giovanni Batista Vico quando adotou como ponto central de seus estudos a história dos povos. Vico se rebela contra o desprezo de Descartes para a história.

Savigny surge no século XIX como o principal representante da Escola Histórica do Direito pregando que o direito é, antes de tudo, um produto dos costumes e das convicções do povo e só posteriormente o resultado da jurisprudência, de tal maneira

¹² GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid : Editorial Reus, 1925, p. 681.

¹³ *Ibid.*, p. 682.

que é sempre e em todo momento a consequência da ação das forças internas espontâneas e nunca a criação do arbítrio do legislador.

O direito não seria, assim, uma produção consciente, mas sim o produto espontâneo do espírito de um povo determinado.²⁰

Com esse pensamento, verifica-se uma mudança significativa no pensamento jurídico-filosófico, pois abandona os conceitos de estado de natureza e de contrato social em favor de organizações sociais baseadas em instituições históricas e formadas pelo costume.

Savigny é contra a intenção pandectista alemã de codificação, afirmando que a melhor forma de se juntar o direito não seria por meio de um código, mas de uma ciência orgânica e progressiva comum a toda a nação. Isto porquanto Savigny²¹ vê o direito codificado como expressão do despotismo por ser imposto pela razão, de forma estranha aos costumes.

O mérito desta Escola consiste em haver despertado o interesse pela investigação histórica do direito e ter demonstrado sua importância no conhecimento jurídico, mas sofreu a objeção de haver negado o fato de que o direito, embora elaborado com base no passado, deve-se dirigir para o futuro. O direito pretende influir na conduta humana e levá-la a alguma direção.

Outra objeção seria o vago termo “espírito de povo”, até porque o povo sobrevive ao direito que criou, uma vez que mesmo as tradições se submetem aos influxos e adaptações da sociedade.

²⁰ VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental* : visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Trad. Mario de La Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, p. 239-240.

²¹ SAVIGNY, F. Von. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires : Editorial Heliasta S.R.L., 1977, p.48.

O positivismo jurídico, como corrente jusfilosófica, repousa na premissa de que não há mais direito além do direito positivo.

Verdross²² afirma que o nascimento do positivismo jurídico remonta aos precedentes filosófico-científicos de Francis Bacon para quem o direito se apóia sobre uma simples convenção através da qual se fixa o que é útil à comunidade em cada um dos seus momentos históricos. Bacon descreve uma sociedade em que o homem, livre de toda ordem superior soberana, determina o que é o direito. Desta maneira e ao lado da desconfiança ideológica a respeito dos valores espirituais, sobretudo em vista do receio com o poder eclesiástico vigente na idade média, surge o positivismo jurídico como uma simples técnica para a realização de determinados fins, ou melhor, como meio de organização do poder.

No entanto, Verdross²³ observa que na evolução do positivismo jurídico pode-se entender duas concepções distintas: a concepção positivista radical que entende o direito natural como uma simples ideologia que pode ser utilizada pelos críticos para fortalecer ou debilitar o direito positivo; e os positivistas moderados que se contentam com a afirmação de que o termo direito deve reservar-se para o direito positivo, sem que isso implique desconhecimento da existência de um ordenamento jurídico superior.

Sendo assim, percebe-se que a evolução do pensamento jurídico segue uma concatenação de correntes doutrinárias, desenvolvendo-se desde um direito subjetivo e arbitrário até uma busca de aspectos e métodos que tornem objetiva a abordagem jurídica, gerando segurança e certeza nas relações jurídicas.

²² VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental* : visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Trad. Mario de La Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, p. 166-167.

²³ *Ibid.*, p. 398-399.

Neste sentido, o positivismo jurídico, expressão do formalismo alemão, surge como ápice do racionalismo puro e científico, retirando da aplicação do direito qualquer elucubração quanto a aspectos éticos e morais.

Segundo a concepção positivista, não existe uma diferença fundamental entre o nexos causal na natureza inanimada e a determinação psíquica, quer dizer a motivação. Então, toda troca perceptível no tempo tem que ter sua causa temporalmente anterior. Assim, surge uma concepção positiva que defende o direito como um fato psicológico, posto que não se encontra na realidade externa, mas sim na consciência dos homens, da qual se aproxima a teoria psicológica de Bierling que entende o direito como vontade psicológica.²⁴

De referir, ainda inserido na corrente positivista, a teoria sociológica, de certo modo que o direito, seria um meio a serviço dos fins sociais.

Em contraposição a essa corrente sociológica, surge, através de Hans Kelsen,²⁵ o entendimento de que essa aproximação da sociologia implicaria abandono da independência da ciência do direito em benefício daquela, o que levou Kelsen, desde o princípio de sua obra *Teoria Pura do Direito*, a delimitar metodologicamente sua abordagem sobre o tema, especialmente ao afirmar que a teoria “pura” do direito por ele desenvolvida pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, sendo esse o seu princípio metodológico fundamental.

Assim, o Hans Kelsen critica a ciência jurídica tradicional desenvolvida nos séculos XIX e XX afirmando, inclusive, que a jurisprudência, nesse período, tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e com a política.

²⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona : Editora Ariel Derecho, 1994, p. 59.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. José Batista Machado. 4. ed. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1979, p. 17.

Contra essa impureza, Kelsen propõe o direito como norma, afirmando que o objeto da ciência jurídica é o Direito, no que se contém a afirmação de que as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto e consequência, ou seja, quando constitui conteúdo das normas jurídicas. Kelsen²⁶ acrescenta que é esta a sua posição em face da chamada Teoria Ecológica do Direito formulada por Cossio que afirma ser o objeto da ciência jurídica, não as normas, mas as condutas humanas.

Sobre a interpretação jurídica, Kelsen assevera que as normas de escalão superior determinam não só o processo mas o conteúdo da norma inferior ou ato de execução a ser realizado, mas essa determinação não é absoluta e completa, pois a norma superior não pode vincular em todas as direções o ato inferior. Para Kelsen deve sempre ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa inferior, o caráter de quadro ou moldura a ser preenchido.

É de acrescentar, assim, que a interpretação jurídica não deve conduzir a uma única solução como sendo a única correta para o caso, mas, ao contrário, possivelmente poderá haver várias soluções que se encaixem à moldura fixada, sendo que todas têm igual valor, mas apenas uma delas se tornará direito positivo com o ato do órgão aplicador do direito, no ato do Tribunal, especialmente.

E critica a teoria tradicional da interpretação que pretende que a interpretação deveria desenvolver um método justo à moldura pré-fixada; de modo que a

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. José Batista Machado. 4. ed. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1979, p. 109.

lei, aplicada ao caso concreto, somente poderia fornecer, em todas as hipóteses uma única solução correta.

Para Kelsen,²⁷ contudo, na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

Essas observações denotam que a postura de Kelsen, embora tipificada como positivista, na realidade vai além, sendo, portanto, injusto tachá-lo, em certas passagens de sua obra, de positivista puro. Em verdade, é preciso reconhecer que Hans Kelsen aprimorou a interpretação jurídica, dando o primeiro passo para a abertura cognitiva do direito.

Ainda na análise crítica das Escolas do pensamento moderno, surge a posição de Jhering e a Jurisprudência dos Interesses.

A crítica de Rudolf Jhering apresenta pensamento segundo o qual o direito é originário de luta, a manutenção da ordem jurídica pelo Estado não é senão uma luta contínua contra as transgressões da lei. Esse pensamento vai influenciar a Jurisprudência dos Interesses.

O direito vigente é aquele representativo dos interesses de milhares de indivíduos e de classes inteiras que se uniram, de modo que quem questiona uma norma ou instituição jurídica declara guerra a todos esses interesses. Assim, em todos os casos em que o direito existente tenha seu fundamento em interesses, o novo direito, para

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. José Batista Machado. 4. ed. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1979, p. 470.

impor-se, terá de empenhar-se em luta que, poderá prolongar-se por séculos e ser mais intensa caso se debata com interesses que tomaram a forma de direitos adquiridos. O Direito só se rejuvenesce quando elimina o próprio passado.²⁸

Por outro lado, Jhering se opõe severamente a Savigny quando este afirma que o indivíduo deve ficar inerte frente da realidade, aguardando confiante aquilo que o manancial do direito, a consciência jurídica nacional, trará pouco a pouco à luz do dia, em sua concepção da evolução histórica do direito.

Ao contrário, Jhering²⁹ prega que a teoria de Savigny se aplicaria à época pré-histórica, como se o direito fluísse espontâneo, sem qualquer esforço. Na verdade, o direito é fruto de luta e combate, a ponto de Jhering afirmar que o direito é a paz e a luta é o meio de consegui-la.

Jhering defende que o fim é o criador de todo o direito, pois não existe nenhuma norma jurídica que não deve sua origem a um fim, isto é, a um motivo prático.

Mas não é tão simples, Larenz³⁰ adverte que esse fim, na verdade, não implicaria uma teleologia objetiva imanente ao direito, mas sim estaria vinculado ao sujeito que estabelece esses fins e os persegue ao fazer prevalecer o direito. Esse legislador, por sua vez, atuaria não tanto como uma pessoa individual, mas sim como representante de aspirações vinculantes comuns a todos os membros da comunidade.

Junto com a qualidade formal de ser uma norma jurídica coativa criada pelo Estado, Jhering atribui a toda norma uma relação de conteúdo com um fim determinado, útil para a sociedade, mercê da qual ela existe.

²⁸ JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 32

²⁹ Ibid., 33-34.

³⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona : Editora Ariel Derecho, 1994, p. 68.

Assim, embora Jhering mantenha-se preso, ainda, à idéia de direito vinculado à estatalidade, reconhece como relevante a constatação de que toda norma tem que ser considerada com base em sua função social. Além disso, pode-se constatar em Jhering que os fins sociais não estão subordinados a uma ordem objetiva hierárquica de valores.³¹

O pensamento de Jhering representou decisiva influência na Escola da Jurisprudência de Interesses, uma vez que, ao contrário da jurisprudência dos conceitos, busca-se um primado da investigação da vida e da valorização da vida, ao contrário da limitação do juiz a uma subsunção lógica aos conceitos jurídicos.

A missão da jurisprudência dos interesses seria facilitar ao juiz seu ofício, preparando, por meio da investigação da lei e das relações da vida, a resolução adequada ao caso. A meta final da jurisprudência dos tribunais e da resolução judicial do caso é a satisfação das necessidades da vida, tanto materiais como ideais, existentes na comunidade jurídica. A jurisprudência de interesses considera o direito como proteção de interesses.³²

É postulado metodológico fundamental dessa corrente conhecer com exatidão histórica os interesses reais que ocasionaram a lei, e ter em conta os interesses conhecidos para a resolução do caso, uma vez que as leis são as resultantes dos interesses de orientação material, nacional, religiosa e ética, que se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento.³³

³¹ JHERING, Rudolf Von apud LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona : Editora Ariel Derecho, 1994, p. 69-70.

³² LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona : Editora Ariel Derecho, 1994 p. 71-72.

³³ *Ibid.*, p. 72.

Com efeito, percebe-se que ainda na modernidade as próprias Escolas jurídicas expunham as fragilidades da aceitação do purismo jurídico e do dogma da certeza para o direito. Tanto que fatores extra-jurídicos, como vontade, fins sociais, interesses, costumes, são inseridos na atividade cognitiva do direito, expressando a necessidade de adequação e contextualização das soluções jurídicas.

1.2 PÓS-POSITIVISMO E O PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO – A ABERTURA COGNITIVA E A ADEQUAÇÃO DO DIREITO

Como se viu, na evolução do pensamento moderno já se inicia um despregamento do direito à letra da lei, fato que se torna mais forte com as doutrinas contemporâneas.

1.2.1 O Método Jurídico e o Pensamento Jurídico voltado ao Caso Concreto

Neste ponto, é relevante a abordagem de Marcelo Neves sobre a evolução da teoria do direito e do pensamento jurídico nesta fase de transição.

Afirma Neves que, no século XIX, a teoria do direito, sobretudo pela influência das Escolas da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, se preocupou em construir um modelo de interpretação do direito que se pode denominar, semioticamente, sintático-semântico, eis que se preocupava em enfatizar as conexões sintáticas entre expressões e enunciados normativos, pressupondo a univocidade semântica dos mesmos. Caberia ao intérprete descobrir o único sentido juridicamente possível dos signos legais, pressupondo-se uma precisão denotativa e conotativa da linguagem legal.

Sob esse pensamento os problemas semânticos estariam subordinados aos sintáticos na medida em que a articulação lógica e sistemática entre signos legais ou conceitos normativos possibilitariam a subsunção do caso à hipótese legal pré-delineada.³⁴

Já na primeira metade do século XX a hermenêutica do direito dominante, sem negar a relevância da dimensão sintática, tende a enfatizar o aspecto semântico, donde vigoraria, conforme Neves, o modelo semântico-sintático, segundo o qual se reconhece a vaguidade e ambigüidade das expressões legais, cabendo ao intérprete determinar o quadro semântico de aplicações juridicamente corretas da norma. Esse quadro de aplicação é intermediado por operações lógico-sintáticas, sendo que escolha da opção de aplicação resultaria de um ato de vontade, envolvendo uma questão de política do direito.

Na segunda metade do século XX por sua vez, volta-se à teoria do direito no sentido de considerar a interpretação do direito como um problema de determinação semântica do sentido dos textos jurídicos, condicionada pragmaticamente. Fala-se em um modelo semântico-pragmático.³⁵ Em decorrência, as operações sintáticas serviriam à delimitação estrutural dos contornos lógico-sistemáticos da interpretação. O *punctum saliens* dessa corrente entende que o processo hermenêutico buscaria o sentido normativo dos textos jurídicos com contextos históricos específicos, no que se aproxima da doutrina de Gadamer.

O historicismo é muito presente na obra da Gadamer. Escutar a tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade, que se deve encontrar nas ciências do espírito.

³⁴ NEVES, Marcelo. Interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 357-358.

³⁵ *Ibid.*, p. 359.

As ciências do espírito são colocadas a serviço dessas tendências, são avaliadas pelo significado que seus conhecimentos sociais, políticos, religiosos prestam ao poder vigente. E acrescenta Gadamer que o condicionamento histórico é um momento da própria verdade. O que se conhece historicamente somos nós mesmos.³⁶

Ao intérprete caberia descobrir o sentido latente dos textos normativos, adequando-o ao momento histórico na aplicação ao caso concreto. Mas, conforme Neves,³⁷ essa hermenêutica não considera suficientemente a relevância da dimensão pragmática no processo de interpretação do direito, desconhecendo ou subestimando a função construtiva do intérprete em face dos textos normativos.

O direito deve ser pensado com a realidade que lhe subjaz e não como uma virtualidade etérea, incapaz de enxergar as vicissitudes do seio social, praticando injustiças teratológicas em favor da objetividade e da certeza jurídicas.

Recasens Siches desafiou essa dicotomia onde se encontra de um lado a pretensão de se construir idéias de valor que têm validade objetiva e necessária, e de outro lado o espetáculo da história, esta que nos oferece uma grande variedade de regimes e instituições, o que parece exigir uma diversificação, em cada momento concreto e em cada situação determinada.

Perceba-se, desde já, que o contraponto da objetividade positivista é, para Siches, a história, mas não só isso. A pergunta lançada por Recasens Siches³⁸ para o desenvolvimento de seu pensamento é a seguinte: Como será possível articular as

³⁶ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 53-54.

³⁷ NEVES, Marcelo. . Interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 359.

³⁸ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. 5. ed. México : Editorial Porrúa, 1975, p. 461.

exigências das idéias dotadas de validade necessária com as demandas múltiplas, várias e diversificadas da realidade? É que Siches entende que a reelaboração progressiva do direito está constituída por valores que são idéias *a priori* objetivas.

Siches³⁹ preconiza a insuficiência da lógica tradicional para empreender a atividade interpretativa dos preceitos jurídicos. Partindo de um exemplo da interpretação de um preceito de regulamento estampado em uma estação ferroviária da Polônia, Siches tenta provar que a lógica tradicional é inadequada para a interpretação dos preceitos jurídicos. É que, no regulamento referido, estava escrito: “*Se prohíbe el paso al anden com perros*”. (É proibido passar pela área de desembarque com cães). Diante desse preceito um determinado cidadão aproximou-se da área de desembarque acompanhado de um urso, tendo sido imediatamente interpelado por uma vigia da estação sobre a proibição estampada no regulamento, ao que retruncou o transeunte dizendo que o preceito não se lhe aplicava visto que não estava acompanhado de um cão, mas sim de um urso, de modo que o regulamento não lhe proibiria o acesso ao cais de desembarque.

É que a lógica tradicional é meramente enunciativa do ser ou não ser, não contendo pontos de vista de valor nem estimações sobre a correção dos fins, nem sobre a congruência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação com um determinado fim.

Sobre essa superação da lógica tradicional demonstrativa e impessoal, Chaïm Perelman⁴⁰ questiona por que o jurista deveria recorrer a raciocínios alheios à demonstração matemática? E responde que essa superação à técnica da lógica formal deve ocorrer porque o jurista trata de questões de fato, que não podem resultar de

³⁹ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México : Editorial Porrúa, 1975, p. 645.

⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 472.

raciocínios puramente formais. Além disso, mesmo quando se trata de raciocinar em direito, as técnicas do raciocínio demonstrativo não podem ser suficientes.

Sendo assim, demonstra-se que há razões diferentes do racional do tipo matemático e que, muitas vezes, é por causa dessas outras razões que se chegam a conclusões corretas a despeito dos disparates obtidos com a lógica tradicional. Pois bem, é por isso que Siches passa a empregar outro campo de razões diferentes do campo racional (qual seja o campo do razoável) de modo que essa expressão “razoável” é muito expressiva para designar o que se denomina *el logos de lo humano*.

De certo que essa razoabilidade preconizada por Siches⁴¹ na interpretação da norma jurídica deve ser sopesada em correspondência com o contexto situacional concreto em análise, uma vez que a validade das normas jurídico-positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional no qual ela se produziu. Até porque o principal pecado dos conceitualistas tradicionais seria encarar um produto humano como a norma jurídica como princípios supostamente ideais de validade absoluta.

Em conclusão, Siches defende que o método de interpretação dos preceitos jurídicos mais adequado para obter uma conclusão mais justa é a utilização da lógica do razoável, através da qual o juiz, em todo caso, deve interpretar a lei de modo que chegue à conclusão mais justa para resolver o problema.

Calha observar que essa análise voltada para o contexto situacional concreto não implica esquecimento do direito positivo, mas antes a sua perfeita aplicação, uma vez

⁴¹ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México : Editorial Porrúa, 1975, p. 652. “*El pecado original, fuente de todos los demás errores y de todos los demás desaguisados que se cometieron al impulso de la mania logicista, por las jurisprudencias conceptualistas, fue convertir lo que es tan solo un producto humano, con una validez e alcance meramente limitados a ciertas situaciones históricas, em principios supuestamente ideales de validez absoluta.*”

que o legislador, mediante as normas gerais que emite, se propõe a obter o maior grau possível de realização da justiça e dos valores por ela envolvidos sobre uma determinada sociedade concreta, de modo que se o juiz trata de interpretar as leis de forma que o resultado de aplicá-las aos casos singulares implique realização do maior grau de justiça, quer dizer que o juiz não está fazendo outra coisa senão servir exatamente ao mesmo fim a que se propôs o legislador.⁴²

Ou seja, o juiz quando interpreta as leis do legislador, precisamente de tal maneira que a aplicação delas aos casos singulares resulte o mais acorde possível com a justiça, é muito mais fiel à vontade do legislador e mais fiel ao fim que este almejou do que quando se interpreta literalmente ou se reconstitui imaginativamente a vontade do legislador, sem esses métodos voltados para o caso concreto. Percebe-se, desse modo, a superação do mito da vontade do legislador.

O juiz deve tomar em conta determinados aspectos dos fatos e determinados aspectos da existência das regras jurídicas em vigor, sendo que ambos os aspectos são tomados e contados sob um ponto de vista da valoração.

Siches critica os métodos clássicos de interpretação, quais sejam, literal, subjetivo, objetivo, histórico, analógico, etc., aduzindo que tais métodos se prestam mais para a descrição de realidades da natureza ou de entidades ideais.

Pode-se perceber que tanto o pensamento de Siches quanto os trabalhos da escola alemã da Jurisprudência dos Interesses ou da escola norte-americana da Jurisprudência Sociológica, e até, em certo modo, a obra de Gény, ministram suas orientações voltadas para a prática, abrindo corretamente o caminho para a investigação

⁴² SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. 5. ed. México : Editorial Porrúa, 1975, p. 660.

dos fundamentos teóricos das correntes precedentes. Gény,⁴³ em certa passagem de sua obra, afirma textualmente que o direito deve continuar sendo uma coisa viva e, para o direito, viver é lutar com o ânimo posto em perfeita e constante adaptação às exigências da vida social.

A lei deveria ser interpretada considerando os valores e objetivos tidos pelo legislador no momento da emissão da norma.

Com essas considerações, é possível concordar com o caráter intuitivo do pensamento de Siches⁴⁴ visto que, de fato, em sua obra, não é diretamente dominado o procedimento de produção da justiça; relegando-se à intuição do juiz, a tal ponto que, em certo momento, afirma que o juiz deve visualizar a solução mais justa e, só em seguida, utilizar os métodos tradicionais de interpretação com o fito de legitimar solução que ele estima como justa.

Então, nesse ponto, pode-se objetar que o pensamento de Siches seria deveras intuitivo, carecendo de sistematicidade. Falta-lhe um maior detalhamento sobre o método pelo qual o juiz simplesmente chega à decisão mais justa.

Enfim, é de ser reconhecida a valorosa contribuição introduzida por Siches como um avanço no pensamento jurídico, em especial no processo interpretativo das normas jurídicas, com ênfase nos mandamentos da razoabilidade através de um juízo estimativo capaz de obter uma decisão justa, acima da simples letra da lei.

⁴³ GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid : Editorial Reus, 1925, p. 673.

⁴⁴ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México : Editorial Porrúa, 1975, p. 661. “Lo que em verdad debiéramos desechar de una vez y para siempre es el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación (literal, subjetivo, subjetivo-objetivo, objetivo, consuetudinario, histórico, analógico, equidad, etc.). Solía hacerse referencia a esos métodos cuando o jurista se sentía obligado a legitimar la solución que estimava como justa, usando para ello artificios de lógica que la presentasen como de estricto acuerdo con la ley, cuando tal acuerdo no resaltaba a primera vista como evidente. Entonces, se pensaba en cuál sería la decisión justa; y después se ensayaba cuál de los métodos tradicionalmente registrado e admitidos podría ser presentado, en la mise en scène de la sentencia, como el método que había llevado a esa conclusión.”

1.2.1.1 A Contribuição da Tópica à Ciência do Direito

Ainda atendo-se à discussão sobre o método jurídico voltado ao caso concreto, Manuel Atienza⁴⁵ aponta para a relevância da análise da tópica de Viehweg numa investigação acerca da argumentação jurídica, uma vez que, na mesma época, outros autores como Siches e Esser publicaram diversos trabalhos nos quais sustentavam uma concepção da argumentação e da interpretação jurídica muito semelhantes à de Viehweg.

Assim, Theodor Viehweg,⁴⁶ em coro com Siches, observa haver a teoria jurídica, então vigente, aceitado que a estrutura formal do direito poderia ser entendida, grosso modo, como uma conexão dedutiva, explicável principalmente pela lógica dedutiva. E acrescenta que essa concepção seria própria de uma época em que se considerou o papel da interpretação como secundário, pois, para ele, é evidente que a interpretação tende a perturbar sensivelmente o rigor do sistema dedutivo.

Viehweg retoma o conceito de tópica aristotélico e utiliza-o na teoria jurídica contemporânea, atribuindo-lhe papel fundamental no pensamento jurídico. Neste ponto, Tercio Ferraz⁴⁷ observa que a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critério para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir dele e em direção deles. Assim, num campo

⁴⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica** – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo : Landy, 2003, p. 46.

⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 2. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 3. Trecho extraído do prefácio de Tércio Ferraz.

teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com caráter problemático, na medida em que, jamais perdem a qualidade de tentativa. Como tentativas as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras “fórmulas” de procura de solução de conflito.

É preciso, no entanto, estabelecer que o termo Tópica foi primeiramente atribuído por Aristóteles, sendo esse o nome de um famoso texto de sua autoria que compunha, com mais cinco obras aristotélicas, o que mais tarde se denominou de *Organon*.

Na Tópica, Aristóteles se ocupa de um tema que, segundo Viehweg, parecia superado na filosofia grega clássica, qual seja a antiga arte da disputa, o domínio dos retóricos e dos sofistas.

Aristóteles distingue o campo apodítico do terreno da dialética. Para ele o campo apodítico é o campo da verdade e pertenceria ao labor dos filósofos, já o terreno da dialética é o que se manifesta na *dialequestai*, isto é, na disputa, sendo atribuído aos retóricos e aos sofistas, como o campo do meramente oponível, a este campo pertencendo a Tópica. Cabe acrescentar que Aristóteles no *Organon* volta-se ora para o apodítico, ora para o dialético, o que faz aparecer a sua intenção de aplicar a ciência lógica à arte de argumentar.

Nessa atividade, Aristóteles persegue a tarefa de encontrar um método com o qual, partindo-se de proposições conforme as opiniões, seja possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar e evitar as contradições quando devemos sustentar, no mesmo, um discurso.

Os raciocínios tópicos são classificados por Aristóteles como raciocínios dialéticos que são aqueles que se obtém partindo de proposições conforme as opiniões aceitas, são raciocínios que têm como premissa opiniões verossímeis, que devem contar com aceitação. Viehweg⁴⁸ esclarece que Aristóteles distingue diversas formas de raciocínio lógico: 1) *apodexis*, que existe quando se obtém um raciocínio partindo de proposições primeiras ou verdadeiras ou daquelas cujo conhecimento procede de proposições verdadeiras; 2) raciocínio dialético, que se obtém partindo de proposições conforme opiniões aceitas; 3) raciocínio erístico (ou sofístico) que se funda em proposições que parecem estar conforme as opiniões aceitas, mas não o estão de fato ou que parecem com opiniões aceitas; 4) pseudo-raciocínios que se formam com base em proposições especiais de determinadas ciências.

Pois bem, o pensamento tópico é construído partindo-se das premissas que são classificadas em 10 famosas categorias (substância, quantidade, qualidade, relação, lugar, tempo, estado, posição, ação e paixão), descobrindo-as e apreendendo-as. Em seguida, discrimina-se a plurivocidade das expressões existentes; descobre-se as diferenças de gêneros e espécie, e expõem-se as semelhanças nos diferentes gêneros.

Depois de concluída essa fase preliminar de fundamentação e ordenação filosófica, Aristóteles parte para a práxis tópica, pois, a partir daí seria possível identificar os *topoi*. *Topoi*⁴⁹ é expressão que aparece pela primeira vez no final do primeiro livro Tópica e refere-se indistintamente a diferentes objetos jurídicos, físicos, políticos. São, portanto, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade.

⁴⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 24-25. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 26-27.

É importante salientar, ainda, que Aristóteles dedica-se com especial atenção em sua tópica, à arte de perguntar, que é o próprio meio de se chegar aos *topoi*. Embora tenha dado a devida relevância à tópica, não se pode dizer que Aristóteles seria o seu inventor primeiro, uma vez que se trata de um antigo patrimônio intelectual da cultura mediterrânea que emergiu antes de Aristóteles.

De perceber, ainda, que a tópica também foi tratada por Cícero, aproximadamente 300 anos após a obra de Aristóteles, mas com importante relevância no trato do tema. Viehweg.⁵⁰ observa que Aristóteles projetou em sua tópica uma teoria dialética, entendida como arte da discussão, oferecendo um catálogo de *topoi* estruturado de forma flexível e capaz de prestar consideráveis serviços à práxis, já Cícero entendeu a tópica como uma práxis da argumentação a qual maneja o catálogo de *topoi* que ele esquematizou. Enquanto Aristóteles trata em primeiro lugar, ainda que não de modo exclusivo, de formar uma teoria; Cícero trata de aplicar um catálogo já pronto, interessando-se mais pelo resultado.

Passadas essas considerações preliminares que constituem pressuposto essencial para exata percepção da obra de Viehweg, cumpre, neste momento, ingressar efetivamente nos contornos do pensamento tópico, inclusive sobre o seu papel para a melhor interpretação jurídica.

Desse modo, vale observar que a tópica constitui uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema. Todo problema objetivo e concreto provoca claramente um jogo de suscitações, sobre as quais devem-se ponderar as razões que recomendam e as que desaconselham tomar um determinado passo.

⁵⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 31. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

O problema pode ser definido como toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto da questão que há que se levar a sério e para o qual há que se buscar uma resposta como solução.

O problema, após uma reformulação adequada que identifique os pontos da questão que merecem especial atenção (como decisivos para a solução do caso) deve ser trazido para dentro de um conjunto de deduções ou inferências previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta.

Ora, neste ponto, pode-se opor objeção quanto às incertezas metodológicas adotadas por Viehweg, pois como é possível garantir uma resposta fundamentada lançada ao sabor de deduções “mais ou menos” amplas ou explícitas? É de se convir que, embora a técnica da tópica seja elogiável pela sua dimensão voltada para o problema, sem as amarras do pensamento dedutivo puro através do qual se parte de um sistema limitador de soluções para alcançar a solução correta, por outro lado a forma pensada por Viehweg pode recair em outro problema a almejar solução: qual seja, a busca de uma solução racional e justificável com vistas a se tornar legítima.

Ademais, o eminente Viehweg⁵¹ reforça essa dúvida ao afirmar que a tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada.

Se por um lado é negativa a vinculação das soluções dos problemas a um sistema único sob o método dedutivo puro, por outro é igualmente criticável tentar

⁵¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 35. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

solucionar a incerteza do problema com mais problemas e incertezas, na medida em que a tópica é inserida em uma ordem sempre incompleta.

Sobre essa objeção, vale suscitar a crítica de Kant à doutrina dos *topoi*, quando ele afirma que essa doutrina pode servir aos mestres de escola e os oradores para examinar o que melhor lhe convém a uma matéria e fazer sutilezas sobre ela com a aparência de racionalidade ou tagarelar empoladamente.⁵²

Zippelius⁵³ observa, por sua vez, que os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental. Ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir que conhecimentos e interrogações podem em cada caso desempenhar determinado papel, sem, contudo, por si mesma, – como simples técnica de debate – oferecer sozinha o suficiente fundamento da solução.

Canotilho observa que o jurista constitucional revela profunda insegurança na identificação dos seus *topoi* argumentativos.⁵⁴

Já as impressões obtidas por Manuel Atienza⁵⁵ revelam que a tópica de Viehweg apresenta-se imprecisa e equívoca, podendo o termo tópica designar pelo menos três coisas: 1) uma técnica de busca de premissas; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas e 3) uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica. Além disso, a noção de problema é excessivamente vaga, carece de uma caracterização mais específica do que se supõe na identificação de um problema.

⁵² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 40. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

⁵³ ZIPPELIUS, Reinhold apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. 2. tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 491.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 8.

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, McCormick e outros. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo : Landy, 2003, p. 52-53.

De qualquer modo, nota-se que Viehweg dá a exata importância à interpretação, a tal ponto de atribuir-lhe o poder de serem abertas novas possibilidades de entendimento melhor sem lesar as antigas premissas. Assim, com a interpretação, mantêm-se as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, tornando possível, inclusive, que se dê novo rumo às velhas fixações.

Sendo assim, a interpretação seria uma parte da tópica apropriada para os casos de mudanças de situação.

Em que pesem as possíveis críticas apontáveis, é certo que a tópica de Viehweg representou significativo avanço no pensamento jurídico contemporâneo, seja porque trouxe novamente a forma de pensar por problemas, seja porque vislumbra a interpretação como mecanismo de especial importância para a solução de problemas em situações críticas que, de certo modo, amolda-se, como se verá, ao modelo de uma hermenêutica democrática visto que a eleição dos tópicos funda-se na busca de pontos de vista dotados de aceitação generalizada. Como observado por Manuel Atienza,⁵⁶ pode-se dizer que a tópica procura se legitimar através da eleição dos tópicos visto que se fundam no raciocínio e são pontos de vista dotados de aceitabilidade geral.

Até porque, em certa medida, pode-se concluir que foi justamente essa a intenção da tópica, ou seja, não alcançar a solução para os problemas postos, mas sim indicar o caminho por onde se deve seguir para a solução, sem determiná-la, mas expondo suas fraquezas vividas no caminho para que se possam afastar as más decisões.

Sob esse prisma a tópica é uma teoria negativa, cujo mandamento impõe que não se incorra no erro de analisar o problema a partir de um único sistema fechado,

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, McCormick e outros. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo : Landy, 2003, p. 48.

usando exclusivamente a dedução, além de não se deixar conduzir por preconceitos, deixando-se levar pelo diálogo.

É de se convir que, em uma sociedade pluralista e heterogênea, as normas não podem ser vistas como mandamentos fixos e imutáveis, mas sim como uma diretiva cuja estabilidade é quase sempre problemática. Assim, o método clássico tinha que ser substituído ou modificado por regras interpretativas ligadas a concepções mais dinâmicas voltadas à perquirição da realidade. Neste sentido, a tópica resultou em avanço.

1.2.2 O Diálogo como Método Jurídico e a busca da Legitimidade do Direito

A mudança metodológica evidenciada até aqui repercute ainda mais profundamente na análise da legitimidade e da racionalidade prática na interpretação/aplicação do direito.

Neste contexto, é relevante abordar a forma como se deve encarar o conceito de verdade diante da modificação do paradigma dedutivista e demonstrativo de aplicação do direito para um modelo material e aberto.

1.2.2.1 A Mudança do Paradigma da Verdade

Sobre a verdade, Gadamer⁵⁷ principia questionando a autoridade da ciência como logradouro certo da verdade. É que, muitas vezes, a ciência é tão intolerante em

⁵⁷ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II*: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 58.

defesa de suas afirmações como um fanático alucinado e nisto, fato que evidencia um sintoma de fraqueza.

Deve-se perceber que a pretensão da ciência é sempre de novo questionar os pressupostos não comprovados e, deste modo, conhecer melhor o que antes era o real, e nesse labor, quanto mais se amplia o procedimento da ciência sobre o real, tanto mais se nos torna questionável o real.

Não raro a ciência reputa absurdas todas aquelas questões que não satisfazem ao seu próprio método, especialmente quando advém de posições da religião, filosofia e de concepção de mundo.

Gadamer toma como pressuposto para a evolução do conhecimento o ceticismo, a dúvida sobre os pressupostos, tanto que foi isso que levou o mundo grego a desenvolver sua ciência, separando o Ocidente do Oriente.

O discurso é razão das próprias coisas que permite apresentar-se e comunicar-se num modo específico, sendo que o juízo, como modo especial de discurso, caracteriza-se por pretender ser somente verdadeiro e medir exclusivamente no fato de revelar um ente tal qual ele é.

Pois bem, para os gregos a verdade é desocultação e o sentido do discurso é justamente deixar e fazer com que o desocultado se apresente e se revele. Daí a afirmação de Aristóteles de que um juízo é verdadeiro quando deixa e propõe uma reunião daquilo que está reunido na coisa e é falso quando deixa e propõe uma reunião no discurso daquilo que não está reunido na coisa.⁵⁸ Assim, a verdade no discurso determina-se como adequação do discurso à coisa, de tal modo que o lugar da verdade é o juízo.

⁵⁸ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 59-61.

Nos diálogos platônicos de Sócrates, ele desenvolve, por meio de uma técnica de perguntas, o firmamento de acordos que são necessários para suas demonstrações. Com isso, pode-se dizer que no processo as partes devem ser convidadas a resolver as questões incidentes e relevantes para o deslinde da causa, pois, a cada concordância mútua, sobe mais um degrau conjunto na formação de uma decisão legítima e definitiva.

Em certo momento, Gadamer adiciona como elemento de seu raciocínio a constatação de que a ciência moderna, como dito anteriormente, tem como elemento predominante a idéia de método, através da qual se pode trilhar um caminho cognitivo de maneira tão consciente que se torna possível refazê-lo sempre.

Essa afirmação tem relevância para a definição da verdade uma vez que sob esse prisma, se a verdade somente se dá pela possibilidade de verificação, então o parâmetro que mede a verdade é a certeza e não mais a sua verdade como afirmado.⁵⁹

Contudo, no âmbito das ciências do espírito torna-se difícil o acesso ao conhecimento da verdade estritamente com uso dos mecanismos e métodos das ciências da natureza, ao contrário, as maiores e mais fecundas produções das ciências do espírito estão muito distantes do ideal de verificabilidade.

De outro modo, sendo certo que não é possível progredir no conhecimento sem abrir mão ou contestar as verdades postas, devemos, por outro ponto, perceber que estamos sempre presos aos limites de nossa situação hermenêutica, gerando-se, nessa constatação fundamental, avanço e retrocesso.

Com efeito, se quisermos conhecer verdadeiramente algo, é preciso reconhecer que todo enunciado tem uma motivação. Não é possível conhecer a verdade

⁵⁹ Assim pensa o racionalismo de Descartes, para quem é condição da verdade o ideal de certeza.

de um enunciado sem antever os pressupostos que ele não anuncia. E, invocando, a forma do diálogo platônico, Gadamer afirma que a forma lógica de chegar ao conhecimento da verdade é o método da pergunta, visto que todo enunciado é a resposta a uma pergunta.

Assim, tanto a pergunta quanto a resposta têm uma função hermenêutica, o que remete a uma relação com aquele a quem se diz o enunciado, aproximando Gadamer⁶⁰ de um conceito de verdade existencial, em contraposição ao conceito de verdade da ciência, geral e anônimo.

Outro pressuposto relevante para entender o pensamento gadameriano é o fato de que a linguagem tem sua própria historicidade de modo que cada um tem sua própria linguagem, o que, no entanto, não impede o entendimento, e esse entendimento e alcance da verdade, por isso, somente pode ser obtido com interpelação e com resposta, assim com o caráter comum do consenso obtido. Desse modo, apesar das diferenças situacionais e de linguagem que possam existir, é possível um diálogo e o consenso através de perguntas e respostas recíprocas que permitem aos participantes darem-se as mãos em um diálogo e evoluir no conhecimento travado.

Neste momento, Gadamer⁶¹ firma a pedra fundamental de sua tese hermenêutica afirmando que o objetivo de todo entendimento e compreensão é o acordo quanto a coisa, de modo que a hermenêutica cumpre a função de suprir a falta de acordo ou restabelecer o consenso quanto perturbado.

⁶⁰ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 69.

⁶¹ Ibid., p.73.

1.2.2.2 *O Diálogo e a Concretização do Direito*

Neste ponto, deve-se fixar como premissa gadameriana, que toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos “chutes” e do caráter limitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se “para as coisas elas mesmas”.⁶²

Então, vale sedimentar que é estrutura fundamental de nosso dizer, tanto o fato de sermos orientados por preconceitos, quanto o fato desses permanecerem de tal modo encobertos que somente mediante uma ruptura do que subjaz à orientação intencional do discurso é que se pode tornar consciente. E, para Gadamer,⁶³ essa ruptura necessária ao saber é a função da teoria hermenêutica que será capaz de inaugurar uma disposição geral capaz de bloquear a disposição especial de hábitos e preconceitos arraigados.

O que se pretende é que o sujeito não aliene o próprio texto dotado de uma intenção semântica própria em favor de intenções preconcebidas que lhe prejudicam o correto sentido, servindo-se a reflexão justamente para descobrir os condicionamentos que já estão atuando a cada vez que nos empenhamos em esclarecer um texto, visto que já fazem parte de nossa compreensão prévia. A hermenêutica filosófica mostra, no entanto, que só é possível compreender um texto quando aquele que compreende coloca em jogo seus próprios preconceitos.

Enfim, é preciso reconhecer a temporalidade e a finitude do ser humano frente a tarefa infinita da compreensão da verdade. A reflexão hermenêutica ensina que a linguagem da filosofia sempre comporta algo de inadequado e que, na sua intenção, persegue sempre mais do que consegue ser encontrado em seus enunciados e do que pode

⁶² GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 74-75.

⁶³ *Ibid.*, p. 213-214.

ser trazido à palavra. As palavras brotam do movimento comunicativo da interpretação que o homem faz do mundo e que se dá na linguagem.

Neste sentido, Gadamer⁶⁴ propõe que o saber não se coloca somente como uma questão de domínio do outro e do estranho que é o domínio fundamental das ciências da natureza, não; ele pensa que para as ciências do espírito o fundamental não é a objetividade, mas sim a relação prévia com o objeto e nessa tarefa complementa-se o ideal do conhecimento objetivo com o ideal de participação.

Essa participação, como já referido, se dá por meio do modelo do diálogo, isto porque o diálogo se caracteriza não por ser o sujeito individual separado que percebe e afirma, mas sim pelo alcance conjunto de participar da verdade e do outro pela partilha.

No diálogo da linguagem os participantes expõem-se, explicitam os seus preconceitos, colocando-os em jogo em contraposição ao outro, submetendo-os a dúvidas e ao embate. Assim sendo, a simples presença do outro no diálogo já, por si só, ajuda a revelar e desfazer a própria clausura ou estreitamento entre os agentes. É certo que deve haver um vínculo prévio naqueles que se dispõem ao diálogo, com vistas ao entendimento. O modelo fundamental do consenso é o diálogo.

Assim, Gadamer em sua doutrina faz o resgate da *prudentia* em lugar da *scientia*, privilegiando juízos de equidade no processo do conhecimento jurídico, pois a busca do direito precisa da constante ponderação complementar da equidade, pois a sua perspectiva não se opõe ao direito, ao contrário, contribui para a plenitude do sentido legal mediante a atenuação da literalidade do direito.

⁶⁴ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 374.

Na linha de Gadamer, Muller⁶⁵ observa que a pré-compreensão jurídica deve ser delimitada de forma clarificadora, diferenciada de modo a ser introduzida no processo de concretização enquanto fator estruturado, controlado e discutível. Dessa forma, a pré-compreensão jurídica e sua justificação racional é o lugar de uma crítica das ideologias que nascem da práxis e não devem ser feitas auto-suficientemente com vistas à própria práxis, mas com vistas à racionalidade e correção da decisão a ser tomada.

Desse modo, Müller invoca o problema do pré-julgamento para tratá-lo com naturalidade e como decorrência natural de uma interpretação sintonizada e ligada à práxis, ressaltando, apenas, que ela deve ser controlada, sob pena de envolver todo o processo gerando decisões voluntaristas e sem racionalidade capaz de justificar positivamente seus fundamentos. Müller defende um pluralismo normativo onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada no processo decisório concreto.

A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa de concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. E adverte que, nessa tarefa, o intérprete não pode se aferrar nem ao dogma da evidência, nem ao dogma voluntarista.⁶⁶

Müller orienta que não se pode conceber o processo interpretativo como tarefa de realização do direito normativamente vinculada a uma mera reelaboração de

⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 64-65.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 61.

algo já efetuado, mas sim elaborar os problemas da pré-compreensão da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso.

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele. Assim, uma norma que se reputa unívoca e clara em relação a um determinado caso pode se apresentar extremamente destituída de clareza em outro caso.

Outro ponto de relevo no pensamento de Müller refere-se à análise da objetividade no direito, distinguindo-a daquela existente nas ciências naturais, justamente em razão da matéria histórica daquela.

Essa preocupação legitima-se para que não se recaia na pecha do arbítrio, de modo que Friedrich Müller⁶⁷ professa que o postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal absoluto, mas sim como corolário de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão; além de ser postulado de sua adequação material no sentido da concretização material de prescrições jurídicas e da inclusão de elementos materiais de normatividade na concretização.

A metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações-decisões determinadas pelo caso. E arremata, no Estado Democrático de Direito a ciência jurídica não pode abrir mão da discutibilidade ótima dos seus resultados e dos seus modos de fundamentação.⁶⁸

O diálogo, portanto, permite o controle e a filtragem das pré-compreensões no trabalho hermenêutico de modo a permitir, de forma participativa, que os agentes

⁶⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 65.

⁶⁸ Ibid., p. 66. Reluz de forma resplandecente a influência da tópica no pensamento de Müller, qual se vê da sua diuturna referência ao caso, problematizando a interpretação jurídica com referência ao caso concreto, sem a necessidade única de partir somente do arcabouço normativo.

produzam uma conclusão jurídica racionalmente justificável ou seja uma concretização adequada e material das normas jurídicas.

1.2.3. A Abertura Participativa do Procedimento como Mecanismo de Legitimação das Decisões Judiciais na Hermenêutica Contemporânea

Evoluindo na análise do pensamento jurídico e voltando-se para preocupação com a necessária legitimidade do Estado nas suas formas de manifestação em decorrência da preocupação do Estado com o resultado de sua atuação e com os destinatários dos atos estatais, cumpre analisar a importância da abertura participativa do procedimento de tomada de decisões estatais como mecanismo de legitimação do Estado, em especial das decisões judiciais.

Antes de ingressar na abordagem dos aspectos do procedimento e sua pertinência com a legitimidade jurídica, importa observar a relevância da legitimação como necessidade própria de um Estado Democrático de Direito.

A necessidade de legitimação se caracteriza pela organização da violência a partir do conceito de poder político. Isto porque o meio de atuação do poder estatal se constitui sob a forma do direito, no qual as ordens jurídicas alimentam-se da sua pretensão de legitimidade. O direito reclama para si próprio não apenas a sua aceitação, mas ser digno de reconhecimento, sendo útil para esse fim toda forma de argumentação pública que possa tornar efetiva a pretensão do direito de ser reconhecido.⁶⁹

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito Estado e Sociedade**, PUCRJ/Departamento de Direito, Rio de Janeiro, n. 17, ago/dez, p. 191, 2000.

A teoria política deu à questão da legitimidade dupla resposta: soberania popular e os direitos humanos. O princípio da soberania popular estabelece um procedimento que, em razão de suas propriedades democráticas, funda a suposição de resultados legítimos. Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Ao contrário, os direitos humanos clássicos que asseguram aos cidadãos de uma sociedade a vida e a liberdade privada, isto é, o espaço de ação para realização de seus próprios planos de vida, fundamentam, por si mesmos, um domínio legítimo das leis.

Sob esses dois pontos de vista, o direito produzido – quer dizer um direito que é passível de modificação – deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como em sua dimensão de cidadãos.⁷⁰

Segundo Habermas⁷¹ o sentido da norma só pode ser fixado em um discurso de aplicação em que os envolvidos por ela, através de uma discussão de seus limites, percebam-se não apenas como destinatários, mas, também, como autores que podem concordar racionalmente com a aplicação da sanção. Isto quer dizer que apenas os envolvidos podem indicar corretamente o sentido de uma determinada norma em um caso concreto.

Neste processo discursivo é mandamento nuclear que, independente das culturas particulares, todos os participantes de um discurso bem sabem de forma intuitiva que não pode haver consenso baseado no convencimento enquanto não existam relações

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito Estado e Sociedade**, PUCRJ/Departamento de Direito, Rio de Janeiro, n. 17, ago/dez, p. 193, 2000.

⁷¹ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 62-63.

simétricas entre os participantes da comunicação, isto é, relações de reconhecimento mútuo, de admissão da perspectiva do outro, de uma comum disposição de também considerar as próprias tradições com os olhos de um estranho, de uma disposição de aprender uns com os outros, etc.⁷²

Sob esse enfoque, Habermas também adota uma posição de imprescindibilidade de que o canal de comunicação entre os interessados seja plenamente aberto para que possamos produzir legitimidade, visto que podem pretender legitimidade somente às regulamentações com as quais todos os possíveis afetados possam concordar como participantes de um discurso racional.

E mais, nos discursos, os participantes procuram convencer-se reciprocamente de algo através de argumento com o fim de alcançar uma posição comum, ao passo que mediante as “negociações” os cidadãos esforçam-se para obter um compromisso entre seus diferentes interesses (evidentemente a equidade de tais acordos depende de um procedimento discursivamente fundado para a formação de um compromisso).

Se tais discursos (e negociações) são o lugar onde se pode formar uma vontade política racional, a suposição de que esse discurso conduz a resultados legítimos – suposição que proporciona um fundamento ao procedimento democrático – deve apoiar-se, em última instância, em um acordo comunicativo: as formas de comunicação necessárias para a formação de uma vontade racional – e, portanto, asseguradora da legitimidade - do legislador político devem, por sua parte, ser juridicamente institucionalizadas. A busca de um nexos interno entre direitos humanos e soberania

⁷² HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito Estado e Sociedade**, PUCRJ/Departamento de Direito, Rio de Janeiro, n. 17, ago/dez, p. 208, 2000.

popular consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional.⁷³

Em contraponto, Niklas Luhmann⁷⁴ sugere que, além da verdade, devem-se buscar outros mecanismos indutores da decisão, como o mecanismo do poder. Quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas do procedimento, portanto, a aceitar uma posição dentro das diversas possibilidades de comportamentos.

E conclui Niklas Luhmann asseverando que no procedimento devem-se criar essas razões adicionais para aprovação das decisões, de modo que o poder gere a decisão e a torne legítima. Sendo assim, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução da complexidade, quer através da ajuda da verdade, quer pela criação do poder legítimo de decisão.

Como se verá, a preocupação de Luhmann é forte no sentido de se justificar as decisões judiciais através de uma participação intersubjetiva dos agentes e partes no processo que, conjugada com a verdade dos argumentos e com a autoridade concedida ao procedimento, se possa conduzir a uma decisão legítima e, portanto, justa.

Na busca da legitimidade, Luhmann⁷⁵ propõe que as partes sejam trazidas ao processo e compartilhem com ele os riscos das decisões dele advindas. Deve-se abrir espaço amplo de participação para que as partes cooperem para o processo, de tal modo que gere um compromisso ligado à produção da decisão.

Uma teoria do procedimento necessita, dum ponto de vista mais abstrato, de relação funcional que inclua o mecanismo da verdade, mas que não se esgote nele.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito Estado e Sociedade**, PUCRJ/Departamento de Direito, Rio de Janeiro, n. 17, ago/dez, p. 194, 2000.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília : UnB, 1980, p.26-27.

⁷⁵ *Ibid.*, p.64.

De fato, sendo oportunizada ampla participação das partes no procedimento certamente será concedida às partes uma percepção da importância de sua atuação no processo, afluindo para ele argumentos de persuasão que sejam capazes de conduzir o julgador a uma decisão que venha contemplar a satisfação de seus interesses e do seu projeto de vida, em detrimento da posição da parte adversa.

Fazendo isso, elimina-se, ou, pelo menos, mitiga-se o grau de descontentamento que possa advir de uma decisão desfavorável, visto que a parte sucumbente também foi responsável pela sua derrota, de modo que a decisão se apresenta mais legítima.

Não há que confundir, contudo, essa aceitação da parte derrotada com uma felicidade pela perda. Ao contrário, a função do procedimento é a especificação do descontentamento, o fracionamento e a absorção dos protestos. Com essa especificação, filtra-se o ponto crucial de discussão identificando-se precisamente os argumentos das partes e seus protestos, oportunizando-se que a decisão contemple precisamente as questões debatidas e possa adotar uma posição formada com a exaustiva participação das partes, tornando-a legítima. De se ver que a força motriz do procedimento é justamente a incerteza sobre a posição a ser adotada pela decisão, que, acompanhada da independência e imparcialidade do juiz constituem pressupostos necessários à manutenção do procedimento legítimo.

E conclui o Luhmann⁷⁶ afirmando que, em um processo em que foi oportunizada a efetiva participação dos interessados, concedendo-se a satisfativa apresentação de argumentos e elementos válidos, faz com que as partes estejam

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília : UnB, 1980 p. 95-98.

convencidas de que a instituição do processo e suas regras são válidas e funcionam, gerando uma atmosfera de aprovação onde tudo se identifica no seu devido lugar. Isso faz com que a decisão final surja como um resultado válido e que tem melhor capacidade de absorção dos protestos e de ser um legítimo veredicto.

Com um procedimento com essas características as eventuais insurgências e revoltas da parte sucumbente se apresentam difusas e inofensivas, sem a carga de instituição de que goza o procedimento, restando, assim, um simples ressentimento que não interfere na validade e legitimidade da decisão.

Destarte, o procedimento funciona como um meio de isolar temática e socialmente o indivíduo quando ele não está de acordo com a decisão, de tal forma que seus protestos não tenham conseqüências jurídicas relevantes.⁷⁷

Neste ponto, cabe a observação de que na posição luhmanniana o que importa é que o resultado da atividade hermenêutica possa neutralizar a insatisfação, sendo irrelevante a natureza intrínseca dos argumentos de que se vale. Com essa posição Luhmann, distancia-se de autores como Perelman, Alexy e MacCormick, pois despreza a diferença entre argumentos convincentes e inconvincentes.⁷⁸

Com efeito, o processo judicial que se pretende legítimo deve incorporar as características de uma sociedade pluralista, permitindo o exaustivo acesso ao processo das teses e argumentos válidos de persuasão, formando-se um processo dotado de tolerância e imparcialidade para condução de uma decisão que espelhe toda gama de informações e premissas postas no processo. Assim, a decisão se aproximará da

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília : UnB, 1980, p. 103.

⁷⁸ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 122.

legitimidade e como mencionado terá contornos de uma decisão justa. É busca de um processo justo disposto de forma a assegurar um resultado justo.⁷⁹

De outra parte, fazendo um paralelo entre a teoria do procedimento de Luhmann e o método discursivo de Habermas, Pedro Caymmi⁸⁰ nota que se pode perceber que Habermas foca a questão da justiça na verdade e justificação dos discursos, e não na adequação do sistema de redução de complexidades sociais, defendido por Luhmann, o que constitui uma crítica deste sobre aquele.

Em que pese as divergências, o extrato das duas doutrinas são úteis para a idealização de uma hermenêutica jurídica democrática, incorporando-se aspectos procedimentais de Luhmann a pontos discursivos e materiais de Habermas, conforme poderemos identificar no momento oportuno.

1.2.3.1 *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e a Hermenêutica Democrática*

Peter Häberle propugna pela concretização de uma hermenêutica adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Defende-se que os instrumentos de informação dos juízes devem ser ampliados e aperfeiçoados, sobretudo os juízes constitucionais, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação, de modo que se estabeleça uma comunicação efetiva entre os participantes nesse amplo processo de interpretação, tornando esse processo integrante do direito de participação democrática.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 22.

⁸⁰ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 17, ago, p. 126-127, 2004.

Häberle⁸¹ toma como proposição inicial de sua tese a afirmação de que, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.

É definido que os critérios de interpretação constitucional devem ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Häberle⁸² invoca a todos os interessados e cidadãos para compartilhar com os órgãos oficiais o papel de intérpretes da constituição, afirmando que, mesmo o cidadão comum que amolda sua conduta para se enquadrar em um comando constitucional, desde esse momento já se coloca como intérprete da constituição. Da mesma forma, o parlamentar, pois quando o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição atuar desta ou daquela forma, quer dizer que o legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, de modo que o parlamentar atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.

Sobre a participação do cidadão no papel interpretativo dos textos legais, Kelsen⁸³ classifica-a como uma das espécies de interpretação ao lado daquela interpretação exercida por um órgão jurídico que aplica o direito. A interpretação do direito realizada por uma pessoa privada ele a descreve como aquela realizada por

⁸¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

⁸² Ibid., p. 27.

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. José Batista Machado. 4. ed. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1979, p. 463-464.

indivíduos observando ou praticando a conduta que evite a sanção, sendo que para isso o indivíduo deve compreender o sentido das normas jurídicas.

Em resposta a uma eventual crítica sobre uma suposta dispersão que esse modelo de interpretação provocaria, desembocando em um grande número de intérpretes e interpretações, Häberle⁸⁴ retrunca afirmando que a questão da legitimação coloca-se para todos que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da constituição, além dos órgãos oficiais de interpretação, de modo que uma limitação desse universo de intérpretes implica, por igual e na mesma medida, uma restrição à legitimação dessa interpretação.

A ampliação do círculo de intérpretes sustentada por Häberle é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de uma maior integração entre a realidade no processo de interpretação, compondo uma realidade pluralista.

A vinculação à lei e à independência funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Desse modo, seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Pelo contrário, essas influências contêm, também, uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.⁸⁵

Pois bem, Marcelo Neves⁸⁶ observa que apesar da plurivocidade do texto constitucional na sociedade moderna condicionada pragmaticamente pelos valores

⁸⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 29-30.

⁸⁵ Ibid., p. 31-32.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. Interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 366.

presentes numa esfera pública pluralista, não se pode afirmar que a linguagem jurídica seja arbitrária, uma vez que embora construído no contexto específico do caso concreto, o problema não está em admitir a possibilidade de mais de uma decisão ou interpretação justificável à luz do texto constitucional, mas sim em delimitar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são atribuíveis aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito.

Neves aborda a teoria sistêmica de Luhmann e a discursiva de Habermas e conclui que a plurivocidade da linguagem constitucional possibilita que várias interpretações invocadas e improváveis sejam admissíveis como corretas. É preciso um acordo quanto as regras do jogo no processo interpretativo sobre o aspecto procedimental apenas e não de conteúdo. Assim, o dissenso quanto ao conteúdo permanece na esfera pública, apontando às vezes para a própria mutação das regras procedimentais do jogo jurisdicional, seja com vistas à reconstrução judicial do sentido normativo ou à reforma legislativa e constitucional dos textos.

Em relação às influências incidentes sobre a atuação dos juízes, Perelman⁸⁷ afirma que na maioria das vezes o juiz exerce seu poder menos por uma interpretação explícita da lei do que por sua maneira de qualificar os fatos.

Sobre a questão da democracia como elemento capaz de influir na interpretação jurídica, Häberle⁸⁸ afirma que o povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também elemento pluralista para

⁸⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 567.

⁸⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 37.

interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse do cidadão. Por isso, a questão da legitimação democrática da jurisdição não é resolvida, de forma definitiva, com a ampliação do processo de eleição de juízes .

Tanto que Perelman⁸⁹ considera que nos países democráticos, ao contrário dos Estados Autoritários, os juízes têm maior liberdade e independência de atuação , mas suas decisões podem ser contestadas se não se adequarem à opinião comum, cabendo ao juiz através da motivação de suas decisões obter, de forma racional e persuasiva, uma adesão arrazoada.

De certo que a doutrina de Peter Häberle preocupa-se sobremaneira com a hermenêutica e jurisdição constitucionais, o que, no entanto, não esvazia o interesse da reflexão de suas assertivas para o presente estudo uma vez que, como visto, advoga um processo judicial participativo e democrático com ampla participação dos interessados, formulando uma interpretação procedimentalista que venha alcançar sua legitimidade democrática através da observância de um método próprio de atuação hermenêutica.

Paulo Bonavides, por sua vez, insere no contexto nacional uma irrisignação com os destinos da nação, buscando a constitucionalidade material para que as garantias previstas no texto magno passem a se tornar realidade ao povo brasileiro, visto que a legitimidade formal e despolitizada só serve para o interesse reacionário.

Nessa empreitada, Paulo Bonavides convoca o povo para travar o combate contra as correntes predominantes que mantêm o *status quo* depreciativo e excludente,

⁸⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 570.

para tanto faz surgir a Nova Hermenêutica como mecanismo de aplicação do direito capaz de fazer valer os princípios democráticos.

Afirma inclusive que manter o art.14 da Constituição Federal de 1988 sem eficácia é fazer um golpe silencioso do Estado nos fundamentos da democracia.

Bonavides⁹⁰ dedica especial atenção ao papel da democracia no Estado contemporâneo. Afirma que a democracia é igualdade e princípio social de justiça. É na idade contemporânea a alma das constituições. Forma de governo e regime político, mas, acima de tudo, direito fundamental de cidadania, direito de 4ª. geração que sobe ao ápice da hierarquia normativa e assume a identidade de princípio, de modo que quem o transgride comete inconstitucionalidade material.

O poder judiciário funciona como bloqueio à democracia quando demonstra sua incapacidade e omissão em funcionar como Corte Constitucional ao invés de desempenhar as expectativas sociais. Nesse sentido, o mestre cearense argumentou até a possibilidade de submissão das decisões governamentais como acordos com o FMI – Fundo Monetário Nacional e privatizações, a plebiscitos o que, por certo, na linha das idéias preconizadas pelo jurista, poder-se-ia até imaginar o mesmo para decisões sobre constitucionalidade de preceitos legais de relevância para a sociedade.

A nova hermenêutica de Bonavides⁹¹ invoca os ideais revolucionários do século XVIII que culminaram na Revolução Francesa para propor um constitucionalismo de resistência e de luta.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2.ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 133.

⁹¹ Ibid., p.34.

A democracia participativa é escola de pensamento e teoria jurídica de organização do poder político que tem como raízes a tópica aristotélica na antiguidade e a tópica de Viehweg hoje.

1.2.4. O Risco do Decisionismo gerado pela Abertura Hermenêutica e Problematicante

Já em 1962, portanto, bem contextualizado às teses de interpretação do direito voltadas para o problema, Sebastián Soler adverte para o risco de abandonar uma fonte determinada da produção do direito em favor de uma pluralidade de fontes, uma vez que uma teoria pluralista conduz ao reconhecimento de uma variedade indeterminada, flutuante e inacessível.

Ele rechaça as doutrinas supralegalistas ou extralegalistas vez que nelas, em face da sua incerteza, não é possível sequer distinguir o direito vigente do não vigente. E acrescenta que não se trata de determinar se as fontes de cognição do direito são muitas ou se há só uma fonte: a lei. O que conta é que se tenha em mente que quando se abandona um critério claro para distinguir o vigente do não vigente, transforma-se o mundo do direito em um conjunto assistemático de opiniões, de gostos, de preferências, de pretensões e de valorações individuais.

É que o direito é uma ordem da práxis, para a qual a previsão e a segurança se confundem, de modo que o abandono do princípio objetivo é perigoso, porque uma vez autorizada a eventual desodediência à lei, não será possível determinar quando a

desobediência será lícita e, com isso, se tornará incerta a vigência de todos os preceitos legais, gerando-se um princípio anarquizante.⁹²

Assim, em contraponto às correntes problematizantes, Soler insere novamente os seus riscos de abertura aos decisionismos que devem ser considerados.

Lourival Vilanova ao passo que observa a tendência do pensamento contemporâneo em demonstrar uma certa rebelião contra a petrificação do direito escrito que não se ajusta à mobilidade social, aponta para o risco do surgimento de um magistrado arbitrário e munido de largo poder discricionário. Afirma que não se reforça a função jurisdicional instalando-a num sistema jurídico impreciso.⁹³

É o retorno ao ideal de segurança e certeza.

De certa forma, Neil Macormick⁹⁴, embora não contradiga o método argumentativo estampado na versão contemporânea de pensar o direito, propõe, por outro lado, uma teoria da argumentação jurídica que seja tanto descritiva quanto normativa, que dê tanto conta de aspectos dedutivos quanto não-dedutivos, de aspectos formais e materiais.

Para Macormick, a argumentação prática e a argumentação jurídica cumprem uma função de justificação, razão pela qual é essencial a abordagem dos dois aspectos para atingir a finalidade da persuasão. É preciso, em síntese, que o argumento jurídico esteja justificado em fatos e normas.

⁹² SOLER, Sebastián. *Interpretacion de la ley*. Barcelona : Ediciones Ariel. 1962, p.131-132.

⁹³ “O direito implica precisão, certeza no delinear o comportamento lícito e o comportamento ilícito, precisão e certeza no momento sancionador, a fim de se prever o comportamento não só dos indivíduos-membros, mas dos órgãos do Estado: o que cada um pode fazer ou omitir licitamente. A previsibilidade normativa do comportamento é condição existencial da vida em comum, que requer segurança, limitação do arbítrio de cada um em benefício da liberdade igual de todos.” In VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. vol.I, São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.364.

⁹⁴ MACORMICK, Neil apud ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo : Landy, 2003, p. 119.

Trata-se, em suma, de uma posição que pretende conciliar a necessidade de abordagem de aspectos materiais de uma argumentação aberta em conjunto com aspectos normativos-dedutivos, de modo a produzir um método jurídico intermediário.

Capítulo 2

O PLURALISMO COMO CARACTERÍSTICA MARCANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pois bem, verificado o atual estágio do pensamento jurídico, observado o corte metodológico procedido, resulta evidente que o melhor método para apreender o processo de produção jurídica é por meio de uma hermenêutica jurídica voltada ao contexto concreto subjacente em que se abra aos interessados a participação no processo de análise das diversas possibilidades de decisões, o qual, por sua vez, reclama a instauração do regime democrático.

Sendo assim, faz-se necessário analisar como decorrência necessária da democratização do processo hermenêutico de produção do direito o aspecto do pluralismo como condicionante necessária daquele processo.

2.1 A SOCIEDADE PLURALISTA

Antes de adentrar na democracia e no Estado Democrático como modelos propícios e necessários à legitimidade das decisões judiciais faz-se útil estabelecer como premissa das conclusões finais que o contexto atual de abordagem da discussão proposta está inserido em uma sociedade pluralista, de modo que se afigura oportuno discorrer sobre o surgimento da sociedade pluralista e descrever sua intrínseca relação com a democracia.

Neste ponto, é bastante elucidativa a lição do Professor Marcelo Campos Galuppo⁹⁵ que avalia como as comunidades antigas e medievais se transformaram, na modernidade, em sociedades pluralistas.

É que as *polis* gregas, o império romano e as comunidades feudais e monarcais da Idade Média constituíam não propriamente sociedade, mas sim comunidades.

Galuppo⁹⁶ extrai da sociologia a diversidade entre comunidade e sociedade para perceber que a comunidade adviria de uma relação de grupo social cuja ação e atitude se inspira em um sentimento subjetivo (afetivo ou tradicional) dos participantes no sentido de constituir um todo. Há uma nítida cooperação. Já na sociedade a atitude social se inspira em uma compensação de interesses por motivos racionais (de fins e valores).

A comunidade é contraposição natural da luta, enquanto a sociedade é, com freqüência, unicamente mero compromisso entre interesses em conflito. Na sociedade, o conflito existe e permanece intrínseco, só se descartam as armas.

Desde a Grécia antiga até a Idade Média a vida em comunidade era orientada pela presença de centros que forneciam com absoluta segurança toda orientação necessária para o agir humano, seja a *polis*, no caso grego, ou a Igreja Católica, no período medieval.

Essas comunidades se estruturavam pela unidade e não pela diversidade tanto que aqueles que não professavam a fé defendida pelo catolicismo romano ou

⁹⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 47.

⁹⁶ *Ibid.*, p.48.

divergiam do *ethos* da *polis* grega eram excluídos da comunidade (excomunhão e ostracismo).

Ocorre, como bem narra Galuppo⁹⁷, que na passagem dos séculos XV aos XVI e XVII surge um descentramento radical que leva ao surgimento da prevalência da concepção do Indivíduo. Dogmas são quebrados, o homem descobre que a terra não é o centro do universo, a Europa não é o centro da Terra e a Igreja Católica Romana não era mais o centro cultural da civilização. Surge daí um novo centro de orientação da conduta humana, qual seja o próprio indivíduo.

A revolução científica quebra o modelo de inteligibilidade do aritotelismo, o que provoca nos novos pensadores o receio de se enganar novamente. Na busca da maneira de evitar o erro a principal indagação do pensamento moderno é a questão do método que centraliza as atenções não apenas no conhecimento do ser (metafísica), mas sobretudo no problema do conhecimento.

Na idade moderna é invertido o pólo de atenção ao centralizar no sujeito a questão do conhecimento.⁹⁸ Sobre o assunto vale a observação de Hannah Arendt⁹⁹ ao afirmar que da mera certeza lógica de que ao duvidar de algo o homem toma conhecimento de um processo de dúvida em sua consciência, Descartes concluiu que aqueles processos que passam na mente do homem dotados de certeza própria podem ser objeto de investigação da introspecção. Esse método de introspecção permite que o

⁹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 200,1 p. 50.

⁹⁸ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo : Moderna, 2003, p. 130.

⁹⁹ ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001, p. 292-293.

homem tenha pelo menos uma certeza. “existir”. Sendo assim, é do homem que deve provir todo conhecimento humano, já que os sentidos enganam.

Disto se deduz que não há mais nenhum centro orientador da conduta humana, sendo preciso que o próprio Homem converta-se nesse centro. Cada homem passa a ser o orientador de um projeto de vida boa para si.

A partir daí não é mais a identidade e união que constituem a vida social, mas sim a diversidade, visto que cada homem terá um projeto de vida que, não raro será conflituoso com os demais projetos de vida de outros homens.

É emblemática a frase de Gisele Cittadino¹⁰⁰ no sentido de que a identidade não é mais a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os traços fundamentais. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas do mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim isso que designamos de pluralismo configura essa sociedade de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença. E complementa afirmando que somos obrigados a ser tolerantes, uma vez que a intolerância é incompatível com a moral, porque viola aquilo que confere humanidade ao indivíduo: sua identidade cultural.

A solução encontrada na Modernidade é a convenção, o pacto ou um contrato não natural que une os indivíduos em uma organização societária. Surgem as teorias contratualistas de Rousseau, Locke entre outros. Este contrato não elimina a diversidade e o pluralismo, mas apenas permite a convivência e a colaboração.

¹⁰⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 77-78.

Sobre essa idéia de pacto como solução para a convivência em uma sociedade plural é interessante notar a noção de diálogo que será útil para observações futuras, uma vez que trazendo esse pacto para o universo do processo judicial poderemos obter a solução através do diálogo como método cognitivo compatível e necessário a gerar decisões estatais em um Estado Democrático e plural.

Até porque, segundo Wolkmer¹⁰¹ são características da sociedade pluralista a autonomia, ou seja, o poder intrínseco a vários grupos, concebidos independentemente do poder central; a descentralização, ou seja, o deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; a participação, é dizer, a intervenção de grupos sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; o localismo, que é o privilégio que o poder local assume frente ao poder central; a diversidade, ou seja, a proeminência que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e finalmente, a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito da indulgência e pela prática da moderação.

Além disso, a filosofia da tolerância não só está associada à filosofia da liberdade humana, mas igualmente ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e de ser diferente dos outros.¹⁰²

Dessas características da sociedade pluralista, sobressai-se para o presente ensaio a observação quanto a plena possibilidade de participação nos processos decisórios e a tolerância, visto que permitem a construção e a evolução do Estado como sociedade organizada.

¹⁰¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo : Alfa Omega, 1994, p.162.

¹⁰² *Ibid.*, p. 163.

E essa sociedade pluralista é ainda mais presente em uma democracia, uma vez uma sociedade pluralista baseada em uma Constituição democrática garante a diferenciação cultural somente sob a condição de uma integração política, reconhecendo que a existência de diferentes formas de viver requer uma integração entre os cidadãos.¹⁰³

Nessa linha de raciocínio, o Estado Democrático de Direito ressaí como o cenário ideal para o desenvolvimento dessa hermenêutica democrática e contextualizada.

Isto porque, no Estado de Direito ou Liberal, sua base fundamental escora-se no primado da lei e em um consenso radical e hegemônico entre indivíduos, impondo-se como único projeto de vida social aquele que era determinado pelo poder central.

Já no Estado Social, conforme afirma Galuppo¹⁰⁴, pressupõe-se que, se materialmente existiam conflitos entre os projetos dos vários grupos sociais, era, no entanto, possível eliminar juridicamente esses conflitos, impondo-se um projeto alternativo e arbitrário que corrigisse as distorções produzidas pelo poder econômico, anulando-se o próprio conflito.

Sobre essa realidade, coloca-se a democracia e o pluralismo como princípio de legitimidade contra a falta de racionalidade dos demais regimes. De certo que a superação do modelo Social não implica na completa eliminação de seus preceitos, pelo contrário, há uma convivência de valores sob novo enfoque.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. Intolerance and discrimination. *I COM Internacional Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press .New York, v. 1, n. 1, jan., p. 10, 2003. "A pluralistic society on a democratic constitution guarantees cultural differentiation only under the condition of political integration."

¹⁰⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 54.

2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PLURALISMO COMO VETORES DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Reportando-se à caracterização do pensamento jurídico contemporâneo em que se exige a interpretação jurídica em conformidade com o contexto fático da realidade de forma a trazer adequação e legitimidade às decisões estatais, surge como necessária a análise dessa realidade, fazendo-a integrar ao processo hermenêutico através da participação dos cidadãos nos espaços de decisão estatal.

O Estado Democrático de Direito apresenta-se adequado à abordagem da hermenêutica democrática haja vista sua nota de pluralismo. Sendo assim, complementa Galuppo¹⁰⁵ que no Estado Democrático de Direito pressupõe-se que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, esse Estado deve reconhecer que todos os projetos que compõem a sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição da sua identidade.

Sob essa perspectiva, deparando-se com o conflito entre os diversos projetos de vida, a solução oferecida pelo Estado Democrático não é pressupor um consenso radical, homogêneo e ilimitado ou mesmo criá-lo artificialmente, sem participação popular no processo decisório, apontando um projeto alternativo. Pelo contrário, a solução para esse embate de facções é justamente incluí-las em um processo de debate

¹⁰⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 54.

decisório público e o mais ilimitado possível, preservando-se condições mínimas para que todos os projetos se realizem.¹⁰⁶

No entanto, Raffaele De Giorgi ao tempo que concorda com a necessidade de manutenção da possibilidade das mais diversas opções de escolhas estatais, observa que o traço marcante da democracia não seria a certa a participação de todos nas decisões políticas, mas somente a manutenção da possibilidade de que sejam tomadas decisões que incrementem continuamente as possibilidades de escolhas posteriores.¹⁰⁷

De Giorgi busca idealizar um direito com altos graus de variabilidade estrutural, sem prejuízo do controle de sua própria instabilidade.¹⁰⁸

Por outro lado, a concepção de um Estado Democrático de Direito é marcada pela peculiaridade da preocupação estatal com a busca da efetividade das conquistas sociais já previstas no Estado Social, mantendo-se incólume as conquistas do Estado de Direito.

Ademais, pode-se afirmar que o Estado Democrático é marcado pela presença de três outros princípios, quais sejam o Princípio da Soberania Popular, Princípio da Representação Popular e Princípio da Participação.

É a célebre frase de Lincoln “governo do povo, pelo povo e para o povo” que seriam os três postulados para a representação.

Enfim, a participação popular que envolve a participação do povo tanto na administração pública como na legislação. Neste sentido, os direitos fundamentais detêm

¹⁰⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 54.

¹⁰⁷ “Democracia é a capacidade de resistência às pressões ambientais que se opõem à plena diferenciação dos sistemas sociais.” (De GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Trad. Menelick de Carvalho Neto e Juliana N. Magalhães. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.33 e 42.)

¹⁰⁸ Ibid., p. 28.

uma função democrática, na medida em que todos os cidadãos devem contribuir para o exercício do poder seja democrático.¹⁰⁹

Dessa forma o Estado Democrático surge como cenário necessário e propício para o exercício de uma hermenêutica jurídica peculiar que, por corolário, deve incorporar as características típicas daquele Estado.

Vale citar a lição de De Giorgi para afastar a impressão que se tem da democracia tão somente como regime da participação. Na verdade, o referido filósofo afirma que na sociedade contemporânea a democracia é possível não porque esteja próxima dos princípios idealizados pelo Iluminismo, mas sim porque, esgotados estes princípios, surgem os pressupostos para a prática democrática concreta, quais sejam: a completa positivação do sistema jurídico e a universalização dos meios de comunicação de massa, que possibilita o reflexo da sociedade através da opinião pública.¹¹⁰

Vê-se que a atenção de De Giorgi também está ligada à questão da busca da certeza e segurança das decisões estatais em uma sociedade complexa e plural, servindo a positividade do direito e os meios de comunicação como mecanismos de controle social dos atos estatais.

¹⁰⁹ MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito**. São Paulo : Celso Bastos, 2000, p. 29-30.

¹¹⁰ De GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Trad. Menelick de Carvalho Neto e Juliana N. Magalhães. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.42.

2.3 O ESTADO BRASILEIRO E UMA BREVE ANÁLISE SOBRE SUA CRISE DE EFETIVIDADE EM FACE DA DEMOCRACIA

A Constituição do Brasil, pelos seus dispositivos, desde o preâmbulo, aponta para a conformação de um Estado Democrático e de Direito.

Dessa forma, deve ser significativa a previsão insculpida no preâmbulo da Constituição Federativa brasileira de que, através dela, é instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, além do que, em seu artigo primeiro há expressa menção ao Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil.

De verificar, ainda, a diuturna referência à soberania popular, a exemplo do parágrafo único do artigo primeiro ao mencionar que todo poder emana do povo, nada mais afeito ao desenho de um Estado Democrático de Direito.

De fato, em concepção, o Estado brasileiro busca ser democrático e de direito, contudo, constata-se no seio social uma sensação de não realização dos objetivos constitucionais desse jaez.

Em termos de teoria do direito, Lênio Streck¹¹¹ com precisão observa que o direito brasileiro, e a dogmática jurídica que o instrumentaliza, está assentado em um paradigma liberal-individualista que importa em uma disfuncionalidade do direito e das instituições encarregadas da aplicação da lei.

¹¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 31.

Sob o aspecto judicial Bueno de Carvalho¹¹² relata que a formação do jurista (e por conseqüência do juiz) é centrada no que se convencionou chamar de positivismo jurídico. O saber transmitido é centrado numa visão extremamente legalista, uma vez que na maioria das Faculdades de Direito (ou escolas de legalidade) aprende-se basicamente a lidar com as leis. O direito é reduzido a normas.

Apesar da tentativa da Constituição em instituir um verdadeiro Estado Democrático de Direito, essa tentativa tem barrado no retrógrado modelo de produção do direito liberal-individualista-normativista.

Assim a aplicação do direito está calcada em atuar sob a perspectiva de conflitos interindividuais, olvidando da real sociedade moderna de conflitos transindividuais.

Como exemplo, cita Lênio Streck que a magistratura é treinada para lidar com diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas. A magistratura não é preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos a ela submetidos.¹¹³

Com isso Streck¹¹⁴ suscita o seguinte dilema: “De um lado, temos uma sociedade carente de realização de direito, e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível.”

Nessa perspectiva, acentua o mesmo autor que o Estado Democrático, pela suas peculiaridades, importa na adoção da concepção de que a lei passa a ser

¹¹² CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 6.ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003, p. 92.

¹¹³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 35.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 36.

privilegiadamente um instrumento de ação concreta do Estado tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pela ordem jurídica.

Diante dessas considerações, resta indagar qual a forma adequada de concretizar esses objetivos em um Estado Democrático, visto que em um Estado Liberal o centro de decisão aponta para o legislativo, no Estado Social seria o poder executivo em face da necessidade de realizar políticas públicas.

Agassiz Almeida Filho¹¹⁵ pondera que a adoção da democracia material como um dos alicerces do domínio político exige uma atuação do Estado, na qual tem acentuado relevo normativo o papel desempenhado pela função judicial e que esta atuação esteja em consonância com os fundamentos jurídicos ditados pela própria comunidade, de modo que a decisão judicial esteja em harmonia com a vontade popular, sendo esta obtida a partir de uma denominada “situação convivencial concreta”.

Em coro, Lênio Streck¹¹⁶ defende que a tensão no Estado Democrático se volta para o Poder Judiciário, amparado pela inércia do Poder Executivo e falta de atuação do Legislativo, surgindo, assim, a expectativa de que essas falhas possam ser supridas pelo Poder julgador, justamente mediante a utilização de mecanismo previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Por certo que não se devem levar as observações adremente referidas ao absurdo que pensar que Judiciário é o bálsamo de todas as tensões sociais provocadas pelas falhas dos demais poderes. O Poder Judiciário não é um super-poder.

¹¹⁵ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Interpretação constitucional e princípio democrático: a importância do caso concreto na elaboração das decisões judiciais. In: **Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, a. 24, n. 279, mar., p. 18-19, 2002.

¹¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 38.

Desse modo, evidenciada a ênfase dada ao Poder Judiciário no tocante à efetividade dos direitos fundamentais, mas se trata de atuação influenciada por condicionantes, uma delas a sua inserção em uma sociedade plural.

2.4 O PLURALISMO JURÍDICO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA

Uma Constituição emanada e constitutiva de um Estado Democrático, como visto, não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários que conformam o pluralismo. No máximo, o que a Constituição pode estabelecer são as regras prático-jurídicas do debate entre os diversos projetos presentes na sociedade e inclusive na própria Constituição, estipulando as condições e limitações no plano da faticidade para este debate.

É um equívoco, portanto, e um anacronismo aplicar conceitos tais como harmonia e sistema de forma absoluta e rigorosa, a um texto constitucional como o nosso.¹¹⁷

Sob essa perspectiva pode-se anotar que toda essa atuação do poder judiciário na acomodação das suas decisões à realidade fática subjacente, em prol da segurança jurídica e evitando perplexidades tem, por certo, o fundamento constitucional do pluralismo.

¹¹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 55.

Não só isso, mas um pluralismo inerente a um Estado Democrático de Direito que, por suas características essenciais, envolve o respeito às diferenças, contemplando oportunidade também às minorais e aos menos privilegiados.

Nesse contexto, o Poder Judiciário como poder do Estado Democrático age e deve agir de modo a acomodar também essas diferenças sociais buscando, na medida do possível, dar iguais oportunidades aos diversos setores sociais, bem como intervir para preservar a tolerância que deve existir dentro da multiplicidade de valores vigentes. Isto porque a função jurisdicional varia com o suceder das forma em que se reveste o Estado e assim a margem de discricionariedade da ao juiz.¹¹⁸

Acerca essa perspectiva, é relevante a citação da obra de Roberto Dromi¹¹⁹ para quem a Constituição outorga à jurisdição categoria de poder político como consequência essencial do Estado de Direito Democrático, a fim de que seja o novo poder que o tutele. Assim, caberia ao Poder jurisdicional a guarda da soberania do povo e da supremacia constitucional. Sobre esse aspecto pode-se perceber que o poder judicial, é apenas uma faceta do Poder Político unitário do Estado, visto que esse poder atua por várias funções e é exercido por diversos órgãos. O Poder Judicial se reveste de Poder do mesmo nível institucional dos demais poderes do Estado. Afinal, a jurisdição também é governo.

Desse modo, num Estado Democrático, que defende o pluralismo, afigura-se mais adequado o modelo problemático, em que o contorno fático do caso interfere no próprio sentido das normas jurídicas. É preciso distinguir o contexto da justificação (produção legislativa) do contexto de aplicação.

¹¹⁸ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**.vol.I, São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.365.

¹¹⁹ DROMI, Roberto. *El poder judicial*. 4. ed. 3. impresión. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 25-26.

O pensamento problemático pressupõe a inexistência de um sistema absolutamente rigoroso e prévio, e parte do problema ou caso concreto buscando a solução adequada para este problema.

Neste prisma, define-se que cumprir ou aplicar o direito no Estado Democrático de Direito não é cumprir ou aplicar todas as normas jurídicas contemporaneamente, mas apenas aquelas úteis à solução do caso concreto.

Em complementação, considere-se que, na definição dessas normas adequadas ao contorno fático, deve-se construir uma argumentação racional e fundamentada em valores e normas constitucionalmente consagradas, implícita ou explicitamente, de modo que, nesse momento, ainda assim estará sendo aplicado todo o sistema na perspectiva de que, para a solução adequada ao caso, fez-se uma investigação nos preceitos compatíveis com o ordenamento posto.

Dessa forma, não se pode fugir do fato de que a norma concreta extraída da sentença deve guardar correlação lógica e de fundamentação com valores e preceitos válidos e aceitos numa argumentação constitucionalmente fundada.

Isto porque mesmo naqueles casos em que se invoca como fundamentos de uma sentença os preceitos normativos A e B, a solução do caso concreto somente será válida se acomodável com o sistema normativo vigente, seja por leis, seja por princípios e valores consagrados, o que implica dizer que o fato de se ter invocado os preceitos normativos acima, não exclui da construção interpretativa todo o substrato de valores e princípios alçados pela Constituição.

Sendo assim, a atuação do Poder Judiciário na implementação da democracia está caracterizada em direcionar a abordagem do intérprete para o caso concreto e daí buscar as normas no sistema que mais se aplicam e podem respaldar a

tomada de posição adotada pela decisão dada ao caso concreto. Advirta-se, contudo, que essa postura não exclui o fato de que a posição adotada deve estar encharcada e fundada em valores consagrados na Constituição Federal.¹²⁰

Com base nesses pressupostos, sobretudo na verificação de que o Poder Judiciário ganhou força na função de concretização das conquistas constitucionais, bem como observando que as normas geralmente corporificam palavras que, ora utilizam-se de conceitos abertos e plurívocos, ora manejam princípios e valores com mesma abertura cognitiva, resta necessário inserir-se na atuação do juiz como solucionador de casos concretos, sendo útil análise de conceito de discricionariedade.

Verificada assim a relevância do Poder Judiciário na implementação da democracia em uma sociedade plural, é importante avaliar materialmente a margem de liberdade que o juiz deve ter na escolha das soluções para os conflitos que lhes são postos.

¹²⁰ Não há como negar a proximidade do pensamento exposto com aquele apresentado por Recasens Siches linhas atrás.

Capítulo 3

A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Neste momento, o estudo da discricionariedade resulta corolário da indeterminação e ampla abertura que persiste na prática dos métodos de interpretação contemporâneos voltados ao problema, de modo a agregar certeza ao método referido.

Essa incerteza, como visto, decorre de um processo de evolução do pensamento jurídico que passou de uma primazia da segurança formal, passando pelo predomínio da delimitação ou descoberta do sentido material e chega ao problema de incerteza condicionada pelo pluralismo e dissenso estrutural da esfera pública, nos moldes suscitados por Marcelo Neves.¹²¹

Neste ponto, torna-se interessante estabelecer algumas premissas metodológicas que permitam a invocação da discricionariedade como forma de controle da liberdade atribuída ao julgador em razão de uma hermenêutica aberta e voltada para o problema.

Com isso, afigura-se útil invocar a doutrina de Canotilho¹²² ao analisar a possibilidade de transportação dos conceitos de discricionariedade e poder discricionário do direito administrativo para outros âmbitos da atuação estatal.

¹²¹ NEVES, Marcelo. Interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, São Paulo : Malheiros, 2001, p. 356-357.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 220.

Na hipótese de estudo ventilada por Canotilho, cuida-se de analisar aplicação da discricionariedade (*Ermessen*) para captar o âmbito de liberdade e vinculação da atividade legiferante.

Naquele estudo o referido jurista observou a possibilidade de apresentação de algumas objeções a essa referência à discricionariedade legislativa, que serão acompanhadas, de logo, pela resposta do autor, quais sejam: a) inversão conceitual no plano metodológico: consiste em indagar se a utilização da discricionariedade legislativa, administrativamente concebida, não poder influir em uma concepção da lei como mera execução da constituição, de modo que restaria saber se essa discricionariedade concebida pela constituição à lei em sua exteriorização concretizadora das normas constitucionais não deixaria margem para além da simples execução.

Neste ponto, Canotilho¹²³ responde que essa crítica não basta, pois que é preciso fundamentar positivamente a inaceitabilidade da discricionariedade; b) natureza da legislação no Estado de Direito Democrático, através da qual se observa que a liberdade de conformação do legislador democraticamente legitimado não se compadece com a estreita liberdade executiva, o que não é suficiente a respaldar uma inaceitabilidade do uso da discricionariedade uma vez que o legislador se beneficia de uma legitimação imediata, já que sempre haverá preceitos e objetivos constitucionais que orientarão também o legislador; c) o sentido concreto da discricionariedade, posto que os atos administrativos discricionários gozam de um controle concreto do judiciário sobre questões de fato e resultados jurídicos, enquanto que no ato legislativo os problemas se colocam num âmbito político, o que, no entanto, não afasta um controle exercido pela

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 220-222.

jurisdição constitucional; d) discricionariedade e individualização de fins, segundo essa crítica o conceito de discricionariedade legislativa se aplicaria apenas nos casos em que o legislador agisse através de atos semelhantes – estrutural e materialmente – aos atos administrativos, uma vez que somente nestes seria possível um comportamento selecionante no âmbito de uma utilização de valores, indiciador da existência de um *Ermessen*.

Em geral, esses argumentos não são suficientes para afastar a aproximação do conceito de discricionariedade do âmbito legislativo, porquanto nos Estados constitucionais modernos a atividade legislativa é positiva e negativamente delimitada pela Constituição.

Na verdade, entre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade administrativa não haveria, na verdade, uma separação qualitativa, mas sim uma mera diferença de grau. Por exemplo, o problema do arbítrio na legislação não seria diferente da questão do arbítrio da atividade administrativa, havendo apenas maior dificuldade em definir os contornos do abuso do poder discricionário do legislador, em virtude da esfera de conformação legislativa ser mais ampla que a da administração.

Ademais, é de referir que não restou demonstrado pelas objeções que o conceito de discricionariedade é monopólio do direito administrativo.

Vê-se, portanto, em Canotilho que, a princípio, não há qualquer óbice para a aplicação do conceito de discricionariedade e de poder discricionário para a função legiferante. Partindo-se dessa premissa e cômico das dificuldades experimentadas pela atividade hermenêutica judicante na definição da solução mais adequada para a pacificação de casos concretos, é de se propor a aplicação do conceito de poder discricionário para o âmbito da atividade jurisdicional.

Em estudo sobre a natureza jurídica da discricionariedade, Diogo de Figueiredo¹²⁴ observa que a discricionariedade não é um fenômeno confinado à ação do Estado enquanto administrador, mas se revela também enquanto legislador ou juiz; é uma técnica de integração jurídica.

Sobre essa viragem, é sugerido por Canotilho, ainda que *en passant*, a possibilidade de aplicação do conceito de discricionariedade para outras funções do Estado, inclusive a judicial. Nestes termos, Canotilho:¹²⁵ “Poderia, assim, falar-se de um *Ermessen* legislativo, executivo, administrativo, **judicial.**”

Para tanto, é preciso conceber a discricionariedade como um problema de ordenação jurídica de competências (de ação e decisão) às quais uma função do Estado renuncia para assegurar a participação de outras funções.

Pois bem, apesar de não ser objeto analítico de estudo pelo referido jurista, afigura-se, de igual modo, útil e pertinente a utilização do conceito de discricionariedade e seu regime de controle, no que for aplicável, à atividade hermenêutica jurisdicional, conjugando-se os seus mandamentos àqueles observáveis pela nova hermenêutica problematizante e voltada para alcançar uma legitimidade democrática. É essa a linha de defesa a ser adotada.

O *punctum saliens* a ser verificado é precisar materialmente a liberdade de atuação do juiz e demonstrar a vinculação dele às normas constitucionais dentro dos esquemas da discricionariedade.

¹²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 20

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 225.

3.1 ANÁLISE TEORÉTICO-JURÍDICA DO CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Neste aspecto, discute-se se a discricionariedade administrativa implica uma liberdade de escolha apenas no que respeita os efeitos jurídicos de uma norma ou se a margem de discricionariedade se estende aos próprios pressupostos de fato.

Aproveitando-se da análise feita por Canotilho, será útil avaliar a discricionariedade legislativa para, em seguida, reportar-se à discricionariedade judicial, visto que, em ambas, há uma margem criativa que torna útil a sua referência e o tratamento assemelhado.

No âmbito de uma discricionariedade legislativa que se refira à escolha dos efeitos jurídicos, Canotilho¹²⁶ afirma que ela não se limita a um esquema de subsunção executiva da Constituição, nem a uma liberdade contida em preceitos de possibilidade ou de conceitos indeterminados. Na verdade, seria uma atividade materialmente vinculada à Constituição, mas não um mero exercício de execução do interesse público cujos pressupostos estejam exaustivamente plasmados no texto constitucional.

Mesmo em uma Constituição onde abundam as imposições e restrições à atividade legiferante, ao legislador se reserva um espaço de atuação, manifestamente irreduzível a uma simples discricionariedade de escolha e cita como exemplo a hipótese de a Constituição impor a eliminação do latifúndio, ocasião em que caberá à lei os termos em que se darão as desapropriações.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 231-232.

Quanto à doutrina que concebe a discricionariedade com relação aos pressupostos de fato, é de se perceber que essa corrente põe em causa a distinção entre conceitos indeterminados e poder discricionário. A tarefa discricionária significaria uma complementação do pressupostos fáticos indeterminados (*Tatbestand*). Porém, é preciso estabelecer o conceito de *tatbestand*, o qual pode abranger apenas os pressupostos que já estão, de modo expreso, contidos na lei ou alargar-se a todos os pressupostos que são necessários para que se verifique um determinado resultado jurídico. Sendo que, somente nesta última hipótese, é que se estaria rigorosamente diante da verdadeira discricionariedade quanto a pressupostos de fato.

Dessa forma, mesmo com um conceito mais alargado de discricionariedade não se elimina ainda a substancial diferença entre discricionariedade e liberdade de conformação do legislador, uma vez que a discricionariedade administrativa é, mesmo como complementação do *tatbestand*, uma atividade individualizante, ao passo que o legislador se defronta na concretização dos pressupostos constitucionais, com a criação de medidas gerais.

Essa constatação colocaria em cheque a transferência do conceito de discricionariedade para o âmbito legislativo de concretização constitucional. Mas não é essa a conclusão final após uma análise teórico-política. Senão vejamos.

3.2 ANÁLISE TEORÉTICO-POLÍTICA E POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DA DISCRICIONARIEDADE

Sob esse aspecto coloca-se como objeção à possibilidade de uma discricionariedade no âmbito legislativo o fato de que a tarefa de conformação está

sujeita à livre decisão do legislador, permitindo-se, quando muito, admitir que as normas constitucionais representem uma vinculação negativa, mas não uma imposição concretizadora.

O legislador teria posição não equiparável à do administrador, vez que o poder legiferante seria concebido como um fluxo da soberania interna do Estado, daí concebendo-se, apenas, autolimitações ou autovinculações, mas não vinculações heterônomas.¹²⁷

Ademais, quanto ao conteúdo a ser legislado, o legislador teria ampla liberdade para definir os fins tendo em vista o caráter multifacetado e dinâmico das relações existenciais, de modo que a tarefa de concretização constitucional do legislador seria um ato constitutivo e criador, um ato de vontade.

Sob essas considerações Canotilho propõe que o problema central será o do apuramento da força determinante das normas constitucionais na atividade de qualificação do interesse público pelo legislador. Ou seja, até que ponto as imposições constitucionais podem determinar a atuação do legislador, seja positiva, seja negativamente, condicionando o seu exercício, de forma a permitir um efetivo controle de discricionariedade nas opções eleitas pelo legislador para resolver questões postas ao crivo normativo.

3.3 A VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FATOR DETERMINANTE PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 232.

Embora salientadas as objeções a uma discricionariedade legislativa, impende tecer algumas considerações capazes de aproximar a transferência do poder discricionário também para a função legislativa, e, alfim, judicial.

É que em um Estado de Direito Democrático-Constitucional a legislação é cumprimento material da Constituição, devendo estar em conformidade material com as normas constitucionais, sendo perfeitamente visualizável uma determinação positiva dos atos legislativos.

A lei, nesse Estado, não é um ato livre dentro da Constituição; é um ato, positiva e negativamente, determinado pela lei fundamental.¹²⁸

Na mesma perspectiva, pode-se conduzir a vinculação judicial aos objetivos constitucionais como forma de adequação e legitimação da decisão judicial, o que será bem analisado com a excursão acerca da teoria das determinantes.

3.3.1 Teoria das Determinantes

Trata-se, no dizer de Canotilho¹²⁹, de doutrina defendida inicialmente pela Escola de Viena para a caracterização da discricionariedade com matizes materiais, ao contrário da Teoria Pura que considerava a direção da discricionariedade puramente formal.

Por essa teoria pretendeu-se inculcar no poder discricionário um conteúdo material, de forma a distinguir, na discricionariedade, fatores e determinantes que se impõem externa e materialmente às autoridades (determinantes heterônomas) e elementos

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 244.

¹²⁹ Ibid., p.247.

e fatores autonomamente introduzidos pelos agentes administrativos na valoração e ponderação das situações de fato (determinantes autônomas).

As determinantes, segundo Canotilho,¹³⁰ poderiam ser definidas da seguinte forma: determinantes autônomas, aquelas que seriam parte de normas de atuação subtraídas a um controle jurídico, na medida em que elas são executadas segundo princípios, medidas, valorações ou ponderações materialmente imanentes à especificidade da decisão; já as determinantes heterônomas seriam estranhas à decisão e constituiriam a parte juridicamente controlável das normas de atuação.

No entanto, ele critica essa forma de definição uma vez que reedita a vetusta distinção efetuada no exercício do poder discricionário entre elementos juridicamente vinculados e elementos juridicamente desvinculados, que a doutrina abandonou tendo em vista que ela causa o evidente paradoxo de supor o exercício jurídico de um poder parcialmente fora do direito. Ademais, não se concebe uma liberdade de motivos ou de determinação completamente alheia às determinações materiais contidas em normas hierarquicamente superiores, como a Constituição.

3.3.2 A Vinculação Constitucional no Estado de Direito Democrático e Constitucional

Em acréscimo às considerações expostas por Canotilho, é válido acrescentar que, em um Estado de Direito Democrático-Constitucional, todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da Constituição.

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 247.

Por corolário, da contextualização do direito em um Estado Democrático é de se concluir pela busca da efetividade dos direitos fundamentais consagrados no texto máximo, com especial objetivo de garantir o gozo, pelo povo, dos direitos contidos na Constituição.

Então, se trata de um Estado que se insere de forma determinativa, antes na essência dos atos estatais para que venham a efetivar os fins eleitos pela Constituição.

Desse modo, a vinculação constitucional é uma vinculação através da fundamentação, e não através de simples limites, implicando a determinação positiva dos atos legislativos pelas normas constitucionais.¹³¹

A necessidade de fundamentação positiva dos atos legislativos põe em relevo que o problema da conformidade constitucional dos atos legislativos não é apenas um problema de legalidade constitucional, mas também de legitimidade.¹³²

A Constituição democrática não se limita a estabelecer meros limites negativos, nem a impor ao legislador a persecução do interesse público, do bem comum com base em diretivas vagas, na verdade, ela define, de forma adequada, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estatais, sempre havendo um fundamento jurídico-constitucional concreto.

Disto decorre que o Estado de Direito Democrático-Constitucional e, mais ainda, o Estado Democrático de Direito guardam, em seu fundamento básico, a volta do Estado ao seio social, à realidade, de modo a intervir, quando necessário, na sociedade a fim de proporcionar a exata efetividade de seus princípios norteadores e de seus objetivos básicos.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 249.

¹³² Ibid., p.256.

Neste sentido, é sim possível vincular a atuação do legislador para que o ato normativo gerado tenha adotado a melhor solução capaz de concretizar os objetivos constitucionais, a ponto de gerar a efetiva realização de direitos previstos na Constituição.

Ainda sobre a vinculação do legislador ao texto constitucional, importa observar que, na caracterização dessa Constituição determinante, Canotilho¹³³ aponta uma série de hipóteses que geram a correspondente competência do legislador. Nesta linha de construção, pode-se referir à competência de concretização legislativa, à competência de qualificação legislativa positivamente vinculada, à competência de qualificação negativamente vinculada e à competência de qualificação legislativa não arbitrária.

Na competência de concretização legislativa, o legislador não qualifica criativamente o interesse público, antes os concretiza nos estreitos limites constitucionais, restando pouco a ser feito pelo legislador, eis que age em um poder-dever determinado.

A competência legislativa positivamente vinculada refere-se aos casos em que ao legislador é outorgada certa margem de liberdade na qualificação dos interesses públicos, mas essa liberdade ainda é muito restrita. É o caso de interesses públicos prevalecentes, de que o legislador pode se utilizar para restringir direitos fundamentais, sendo certo que, em face da abertura semântica do termo “prevalecente”, deve-se tratar de interesse *ex constitutione* e não interesses definidos em abstrato e ao sabor das conveniências políticas de quem ocupa o poder.

Cingindo-se, neste momento, à competência de qualificação negativamente vinculada, cuida-se daquelas hipóteses em que é concedido ao legislador plena atuação

¹³³ Sobre essas competências, verificar CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 252-254.

para qualificar os interesses públicos, o que apenas poderá ser contestado quando o ato for inequivocamente contrário à Constituição. A Constituição é mais um limite negativo do que uma determinante positiva heterônoma.

Enfim, quanto à competência de qualificação legislativa não arbitrária, o legislador erige seus próprios fins políticos que se lhes afigurem oportunos ao interesse público, restando como limite apenas a proibição ao arbítrio, como ocorre, em regra, no caso das decisões acerca de relações internacionais.

É importante, portanto, perceber que a questão das imposições constitucionais não é apenas um problema de execução oportuna ou inoportuna de ordens legiferantes, mas também um problema de cumprimento da Constituição. Daí ser relevante, na análise da atividade legiferante, especialmente no seu âmbito de liberdade de atuação remetê-lo a um crivo de conformidade, tanto sob o aspecto material, quanto formal, ou seja, analisar se a própria Constituição está sendo cumprida, observando tanto a vinculação e limites negativos nela impostos, como, também, a vinculação heterônoma positiva.

Canotilho¹³⁴ coloca que o princípio da constitucionalidade deve ser concebido como princípio da conformidade material e formal dos atos normativos infraconstitucionais, pelo que a legitimidade constitucional das leis deve ser apreciada tendo em vista não apenas uma exigência de compatibilidade (uma vinculação negativa voltada a limites) mas também uma exigência de conformidade, o que pressupõe um aprofundamento da heteronomia positiva das normas constitucionais.

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 257.

Em vista dessas considerações, Canotilho¹³⁵ pondera que, em um Estado Democrático, nas hipóteses de concretização constitucional e de qualificação positiva vinculada, a atuação do legislador atinge uma inequívoca dimensão de um ato funcional vinculado a fins, de modo que, nesses casos, haveria um reduto de discricionariedade legislativa que poderá ser afetado por um excesso de poder legislativo.

Seguindo nessa linha, Canotilho defende a existência de uma liberdade delimitada do poder legiferante. Não seria argumento decisivo o fato de um controle dos fins dessa atividade para além do controle político na escolha dos fins. É de perceber, contudo, que nos casos de arbítrio, discriminação injustificada, entre outras infrações a princípios estruturais formais é admitido o controle jurisdicional do ato legiferante baseado na afronta a princípios constitucionais heteronomamente determinantes, como o princípio da proibição ao arbítrio, ao excesso, o princípio de determinabilidade e o princípio da igualdade.

Apesar de, nesses casos, ser visualizável a possibilidade de um controle, Canotilho entende que esse controle não se referiria a vícios de discricionariedade por desvio de poder, mas sim um caso normal de inconstitucionalidade.

Ele considera que eventuais erros sobre o “se” e o “quando” do cumprimento da imposição constitucional, nada teria a ver com vício de discricionariedade, uma vez que esse somente aconteceria quando, no âmbito das imposições constitucionais, o legislador, na eleição das determinantes autônomas (fatores

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 258.

a ponderar pelo legislador segundo critérios de valoração própria), não obedecesse ao conteúdo diretivo material das determinantes heterônomas¹³⁶.

Talvez Canotilho tenha imposto maior restrição à presença da discricionariedade no âmbito da função legislativa, uma vez que ele pretendeu delimitar a existência de um vício autônomo de discricionariedade.

Acontece que, pelo que se extrai da doutrina de Canotilho, a rejeição da discricionariedade no âmbito legislativo deve-se justamente ao fato de que essa estaria circunscrita a hipóteses em que a própria Constituição já estabelecesse determinantes positivas ao legislador, fixando a obtenção de determinados fins e traçando diretivas para a sua obtenção.

Ora, com a devida *venia*, é de se suscitar que, nessas hipóteses, certamente existe uma determinada vinculação objetiva ao legislador que esse, várias vezes, estará sensivelmente limitado em seu agir, de forma que qualquer deslize ou desvio caracterizará inconstitucionalidade material do ato gerado.

Porém, nas hipóteses em que é dado ao legislador maior desenvoltura, impondo-se apenas limites constitucionais negativos, não é dado afastar a incidência de uma discricionariedade, pois que, nesses casos, embora o legislador esteja atuando sobre determinantes autônomas de cunho político, é certo que, ainda nesses casos, existem condicionantes positivas constitucionais que exalam da própria tomada de postura adotada pelo texto constitucional.

Analisando-se a atividade jurisdicional, deve-se esclarecer que não está sendo proposto que o Judiciário, no exercício do controle dos atos legislativos, usurpe a

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 264.

atribuição legislativa, ao contrário, pretende-se apenas que o legislador no manejo das determinantes autônomas que lhe é inerente, conduza seu agir calcado em pressupostos objetivos capazes de gerar uma fundamentação constitucional válida que imponha a subsistência do ato jurígeno, sob pena de não passar sob o exame de legalidade, no aspecto constitucional.

Não se pretende através de um controle judicial fazer política, mas sim apreciar a constitucionalidade da política proposta em face do compromisso constitucional.

Oscar Vilhena¹³⁷, por sua vez, observa que a decisão do magistrado será sempre uma decisão política pois, assim como o legislador age politicamente ao elaborar uma lei que complemente a Constituição, o magistrado, ao manifestar a sua decisão, estará num patamar inferior, implementando a lei.

Sobre esse ponto de vista, deve-se retificar apenas a sua vinculação direta à lei, para esclarecer que a atuação do juiz, antes de vincular-se à lei, está jungida aos próprios compromissos e normas constitucionais, não em sua literalidade, mas, sobretudo, em sua essência.

É o compromisso com a força normativa da Constituição pensado por Konrad Hesse¹³⁸, de modo que a Constituição logrará converter-se em força ativa através da imposição constitucional de tarefas. A Constituição se torna força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. Deve-se incutir na consciência geral –

¹³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Discricionariedade judicial e a interpretação constitucional. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Coord.). **Constituição Federal de 1988: 10 anos (1988-1998)**. São Paulo : Juarez de Oliveira, 1999, p. 420.

¹³⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19. Tradução de Die normative Kraft der Verfassung.

particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade do poder, mas também da vontade da Constituição.

3.4 DISCRICIONARIEDADE NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL DE SELECIONAR A MELHOR SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO

Fixada a possibilidade de se falar de uma discricionariedade na atuação legislativa a explicar a liberdade do legislador na ponderação das determinantes autônomas que lhe autoriza eleger a melhor solução política, resta trazer aquelas conclusões para o âmbito judicial.

Antes cumpre rememorar que a importância dessa ponderação está jungida à constatação de que o legislador, assim como o juiz, detém margem de criatividade na construção da melhor solução para as questões que lhes são postas. Por outro lado, percebe-se que essa liberdade de atuação deve ser controlada pelas determinantes constitucionais, positivas ou negativas, donde apresenta-se adequado o conceito de discricionariedade, embora existente a crítica parcial de Canotilho, o que não prejudica a análise em curso.

Hebert L. A. Hart¹³⁹ defende a existência de discricionariedade judicial, mas o faz em relação aos casos juridicamente não regulados, em que nenhuma solução é citada pelo direito. A discricionariedade, neste caso, permitiria ao juiz criar o direito para o caso. Hart afirma que Dworkin é contrário à sua posição, uma vez que, para Hart, Ronald Dworkin entende que o direito não seria incompleto, mas sim a imagem dele

¹³⁹ HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian, 1994, p. 335-336.

aceita pelo positivista, uma vez que além do direito explícito estabelecido, existiriam princípios implícitos, com suas dimensões morais, e para os quais os tribunais deveria se voltar para decidir casos difíceis. Desse modo, o juiz nunca teria a oportunidade de sair do direito e de exercer o poder de criação do direito para proferir uma decisão.

Como crítica à possibilidade de uma discricionariedade judicial insta referir ao texto da lavra do Prof. José Roberto Santos Bedaque¹⁴⁰ que se posiciona contrariamente à admissão de uma discricionariedade na atuação judicial uma vez que, através da atividade jurisdicional, o Estado tende a declarar o direito dos litigantes, concretizando-o; ou então tende a compor a lide. E acrescenta que o juiz não teria a liberdade de escolher uma entre as várias possibilidades de aplicar a norma, e completa: “(...)em verdade, espera-se dele que aplique a norma da única forma correta dando ao caso concreto a solução imaginada (e desejada) pelo legislador.”

Não há como concordar com a posição do Prof. Bedaque, uma vez que a atuação jurisdicional não é daquela que comporta uma única e exclusiva solução para o caso concreto. Ademais, a atuação judicial não é meramente declaratória ou executiva do direito ao caso concreto, pelo contrário, o juiz deve, em conjunto com as partes, produzir a melhor solução para o caso concreto, sendo certo que existem inúmeras soluções juridicamente sustentáveis.

Não há como admitir, ainda, a vinculação à vontade do legislador, vez que se trata de mito ultrapassado há muito, uma vez que a norma tem existência própria e não se confunde com o texto normativo, sendo resultado de um processo de aplicação do

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade judicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 97, n. 354, mar/abr, p. 187-188, 2001.

direito ao caso concreto, no qual o aplicador agirá consciente da realidade sobre a qual atua.

É de se verificar uma certa contradição ou incerteza no texto do Prof. Bedaque¹⁴¹, pois ao tempo que nega peremptoriamente a aplicação da discricionariedade no âmbito judicial, em outro trecho afirma que o juiz moderno deve comportar-se ativamente em relação ao processo, afirmando, inclusive, que a ampliação dos poderes do do juiz atende aos objetivos da jurisdição e do processo, mas seu exercício é sempre vinculado, fundamentado e sujeito a controle.

Ora, ao que parece o referido poder ativo concedido ao juiz e referido pelo mencionado Professor seria um poder vinculado. Ora se vinculado, a atividade do juiz seria de mero executor das normas? Em resposta, é válido constatar que o juiz é um ser humano e ele não constitui mero aplicador da lei despido de vontade, como se fosse um órgão neutro, surdo e mudo, que nada mais faz do que solucionar o caso concreto aplicando, não sua vontade mas sim aquela antes pronunciada pelo legislador. Muito mais do que isso, o juiz participa ativamente do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica.¹⁴²

¹⁴¹ BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade judicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 97, n. 354, mar/abr, p.193, 2000.

¹⁴² CLÉVE, Clemerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 117, jan/mar, p. 301, 1993.

Não parece ser esta a situação. É preciso reconhecer a necessária e presente margem de liberdade concedida ao juiz para fazer justiça. A sua abordagem, como visto, não está estreitamente jungida ao preceito legal, pelo contrário, a lei é apenas um dos importantes elementos na condução da melhor decisão para o caso, mas não o único. O direito é dialético, mecânico e subsuntivo. De se ver o pensamento tópico de Viehweg e a lógica do razoável de Siches, e de resto a escolas hermenêuticas contemporâneas, que, de forma direta, rechaçam as formas interpretativas dogmáticas e lógico-dedutivas posto que insuficientes à construção de uma decisão judicial justa e legítima. O valor certeza ou segurança jurídicas não deve se sobrepor ao valor justiça na realização do direito.

Maria Sylvia Di Pietro¹⁴³ nega a possibilidade de haver discricionariedade na função jurisdicional, vez que nela não existiria nada além do trabalho de interpretação, da busca de uma única solução possível perante o direito. Nessa trilha, a própria Di Pietro assevera que embora haja casos em que o juiz se depara com certos conceitos indeterminados, como boa fé e ordem pública, ela afirma que a situação é diversa daquela em que se acha o administrador, porque a tarefa do juiz seria encontrar a única solução possível, enquanto que na discricionariedade administrativa a lei deixa um leque de opções, todas elas válidas, razão pela qual o judiciário não poderia substituir uma solução por outra.

Di Pietro não concebe como o juiz possa ter várias opções para escolher segundo critérios políticos, e acompanha Eros Grau ao afirmar que ao juiz não está afeta a atribuição de exercer juízos de oportunidade, mas sim, exclusivamente, juízos de legalidade.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2001, p. 73-74.

Sobre essa posição, é preciso tecer algumas considerações de contexto que podem expor a fragilidade desse pensamento. É que estamos em uma sociedade mundial, dotada de uma complexidade social na qual reina a contingência do processo decisório, uma vez que complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingência significa que se hoje a decisão recaiu sobre a hipótese “x”, nada impede que, legitimamente, venha a recair amanhã sobre a hipótese “y”. Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade mais escassas as chances de decisões consensuais.¹⁴⁴ Trata-se de reflexos pela opção do pluralismo.

Deve-se conceber que a decisão judicial não é ato vinculado à lei, a ela transcende, apesar das determinantes que lhe delimitam o caminhar.

Neste ponto, importante a observação de Harold Lasky¹⁴⁵ ao advertir que a ficção de que os juízes não legislam tem sido abandonada por todos a quem interessa uma jurisprudência consciente e de realidade.

No mesmo sentido, Stern¹⁴⁶ pondera que o juiz precisa aplicar, implementar a lei, mas isso significa também que ele não precisa apenas repeti-la, mas sim interpretá-la, completá-la, pensá-la até as suas últimas conseqüências, conforme o espírito do direito, sobretudo no âmbito do direito constitucional e da ordem de valores que o direito constitucional fornece como orientação prévia.

¹⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, n. 30, jan/mar, p.123, 2000.

¹⁴⁵ LASKY, Harold. *Derecho y política*. Trad. Jesús Navarro de Palencia. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 201.

¹⁴⁶ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Trad. Peter Neumann. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 508.

Não se está pregando o descontrole, pois, como se verá, o reconhecimento de uma liberdade de atuação não impede mecanismos de controle objetivos, nem prejudica a segurança jurídica.

A busca da certeza das decisões judiciais em um Estado Democrático, deve ser recambiada do momento de produção para o momento do controle dos atos de criação.

A discricionariedade judicial opera-se como um poder-dever concedido ao juiz para solucionar a questão que lhe é posta. Neste sentido, vale suscitar o entendimento da doutrina alemã para quem a discricionariedade significa a competência para concretização do Direito, nos moldes de uma fixação finalista anterior.¹⁴⁷

Ora, assim como é imposto ao administrador o poder-dever de exercer seu poder discricionário, estando, contudo, vinculado a aspectos como a finalidade e a forma do ato, o juiz, ao exercer o controle judicial do ato discricionário, em face da própria teoria dos motivos determinantes e do controle finalístico, de certo modo também está sujeito ao mesmo controle finalístico citado ao exercitar sua discricionariedade jurisdicional. Até porque, quando o juiz, exercendo controle de discricionariedade administrativa, julga estipulando uma outra possibilidade de solução, diversa daquela eleita pelo administrador inicialmente, demonstra sua atuação discricionária, o que atrai para si a necessidade de adequação finalística. Esse exercício inclusive aproxima a atuação jurisdicional da política.

¹⁴⁷ STARCK, Christian apud KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil. **Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 23, jan/fev, p. 23, 2004.

Essa percepção, de certo modo, é bem colocada por Tércio Ferraz¹⁴⁸, especialmente, quando se trata dos direitos sociais, pois eles teriam um sentido promocional prospectivo que altera a função jurisdicional perante eles ou sua violação. Assim, ao julgador não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

Desse modo, perfeitamente suscetível a discricionariedade judicial, senão vejamos.

Neste ponto, é interessante realçar o papel hermenêutico desenvolvido pelo juiz na sua atuação jurisdicional. Ora, como visto em Viehweg, e de resto no pensamento hermenêutico contemporâneo, enfatiza-se a atuação do juiz pautada em aspectos da realidade, desenvolvendo um estudo problemático de caso, em desprestígio de um raciocínio lógico-dedutivo clássico e insuficiente, exaltando-se um pensamento intuitivo dotado de racionalidade prática, no qual é concedido ao julgador, diante das circunstâncias que lhes são postas e dos elementos carreados ao processo, eleger, dentre as soluções possíveis, aquela que esteja em maior grau de proximidade com as determinantes constitucionais, em especial com o valor justiça, com todos os consectários inerentes.

No direito alemão, vale referir que é concedido ao Tribunal Constitucional Federal avaliar sob o pálio da discricionariedade, se se deve conhecer de um recurso

¹⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*. Malheiros, n. 9, p. 45, 1995.

individual como um meio objetivo de controle de constitucionalidade nas hipóteses em que a situação, embora individual, envolve controvérsia constitucional ampla e geral, visto que o parágrafo 90, II parte final da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade tanto para conhecer de questões fundadas no interesse geral (*allgemeine bedeutung*) quanto àquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer nachteil*).¹⁴⁹

A decisão judicial, portanto, deve ser visualizada sob o aspecto da discricionariedade judicial, concedendo-se ao juiz uma margem de liberdade controlável através da observância das condicionantes decorrentes do texto constitucional e do Estado Democrático de Direito, portanto.

A decisão justa pressupõe as tarefas e as responsabilidades do julgador, jurídica e judicialmente insubstituíveis, bem como a simbiose normativo-constitucional da teleologia político-social e da intenção jurídico-material.¹⁵⁰

Oscar Vilhena Vieira¹⁵¹, em adminículo sobre o tema, coloca que o juiz se depara com expressões como “dignidade da pessoa humana”, “liberdade”, “igualdade”, “cidadania”, “privacidade”, “bem comum” e muitos outros termos que veiculam direitos e princípios fundamentais, momento em que é obrigado a fazer escolhas de caráter não apenas jurídico, mas ético-político.

Pois bem, sobre essas escolhas que corporificam uma verdadeira liberdade de atuação controlável, Jerome Hall¹⁵² percebe que é inevitável, em uma ordem jurídica,

¹⁴⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento da Medida Cautelar na ADPF n.33-5/PA, Tribunal Pleno, julgado de 29/10/2003.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 277.

¹⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Discricionariedade judicial e a interpretação constitucional. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Coord.). **Constituição Federal de 1988**: 10 anos (1988-1998). São Paulo : Juarez de Oliveira, 1999, p. 416.

o exercício do arbítrio em várias escalas, sendo que o juiz ou as autoridades administrativas, no exercício desse arbítrio, desempenham verdadeira função legislativa quando se deparam com lacunas do direito e as preenchem. E isto é o que implica o desenvolvimento do direito através dos séculos. Mas essa impressão de ambigüidade das normas e o poder discricionário visto, afirma Hall, embora abale as estruturas do postulado da completude do ordenamento jurídico, não alimenta o ceticismo de quem acredita que o direito é subjetivo e caprichoso.

É que, segundo Hall, deve-se levar em consideração um núcleo de certeza relativo ao caráter unívoco das palavras, as igualdades psicológicas comuns aos juizes, sua sujeição a uma cultura comum, além da permanência de idéias básicas. Esses fatores assegurariam certeza bastante ao processo jurídico.

É preciso fazer algumas considerações sobre essas passagens de Hall. De prelúdio, é necessário afirmar que essa construção tem por mérito destrancar o direito do modelo formal e lógico-dedutivo o qual, como visto, é insuficiente à solução da gama de problemas postos pela sociedade moderna. Por outro lado, falece a necessária segurança e controle nos atos judiciais produzidos, vez que se afigura um otimismo exagerado relegar toda a certeza do direito a aspectos, por igual, incontrolláveis, como a suspeição de que todos os juizes tenham pensamentos semelhantes por estarem sujeitos a uma mesma cultura.

Não parece ser suficientemente científica a afirmação referida - não que seja descartada - de modo que embora seja necessário reconhecer a margem de discricionariedade que tem o juiz ao julgar uma causa, é preciso, por igual, buscar nessa

¹⁵² HALL, Jerome. **Democracia e direito**. Trad. Arnold Wald e Carly Silva. Rio de Janeiro : Zahar, 1949, p. 37-38.

mesma discricção aspectos de controle, à semelhança do que ocorre no controle jurisdicional do ato administrativo, naquilo que for compatível.

Apesar disso, a discricionariiedade legislativa, administrativa e judicial envolvem uma transferência de poder para adequar a lei e a Constituição ao caso concreto, o que aproxima o regime imposto à discricionariiedade já evoluído no âmbito administrativo.

É preciso enquadrar a liberdade judicial como ato discricionário, sob pena de faltar o devido enquadramento dentro do ordenamento jurídico e relegá-lo a aspectos extra-jurídicos e incontroláveis.

Sendo assim, apresenta-se viável a aplicação do regime jurídico da discricionariiedade para entender a atuação do julgado no exercício de sua função, a qual incorpora uma função criadora, razão a atrair a análise do denominado direito judiciário.

3.5 O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

Em que pesem todas as discussões e entendimentos pró e contra a admissibilidade de uma autêntica discricionariiedade judicial, o que importa salientar é que a finalidade do enquadramento da liberdade da atuação do juiz como poder discricionário visa, tão somente, efetivar-lhe um enquadramento dentro do sistema jurídico, de modo a permitir-lhe o controle.

Assim, o enquadramento referido tem por escopo verificar sob quais aspectos de sindicabilidade é possível controlar o grau de incerteza provocado pelos conceitos jurídicos indeterminados e a abertura cognitiva freqüentemente encontrada nos preceitos legais que servem de material para o labor jurisdicional.

Assim, seja ou não discricionária a atuação jurisdicional, sempre será possível promover o controle de seus atos, servindo o regime de controle da discricionariedade como forma de sindicatamento o atendimento à finalidade da lei, de modo ao seu perfeito enquadramento dentro dos objetivos de uma democracia, produzindo uma decisão legítima e justa.

Até porque, como nota Marcelo Caetano¹⁵³, não há atos discricionários, existem apenas atos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados. Justamente nos casos em que existe discricionariedade quanto ao objeto ou aos seus pressupostos, convém assegurar, sempre que possível, por meio de uma série de formalidades (processo), a ponderação cautelosa e equilibrada de todas as circunstâncias e razões dignas de influir na resolução livre.

A discricionariedade judicial não se confunde com a mera interpretação, apesar de se utilizar dela, uma vez que naquela pressupõe-se uma concessão direta ao juiz para ponderar; ou mesmo, um poder-dever do juiz para avaliar sobre conceitos jurídicos indeterminados.

A atuação do juiz na eleição da melhor solução para o caso não se trata de mero exercício de interpretação, apesar não prescindir desta, vez que consubstancia atividade mais complexa que não se contenta na identificação do sentido e alcance da norma, passando por uma atuação criativa e política, no que supera a mera interpretação.

Além disso, a discricionariedade ocorre naquelas hipóteses legais em que o próprio legislador se utiliza de termos vagos e abertos que invocam a discricção do juiz

¹⁵³ CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. 2. impressão. Coimbra : Livraria Almedina., 1982, v. I, p. 485.

para preenchimento da norma no caso concreto. De certo que no preenchimento da discricção o juiz exercerá um papel hermenêutico autorizado.

Nesse ponto, é útil a referência a Germana Moraes¹⁵⁴, ao afirmar que os conceitos não vinculados podem ser discricionários ou não. Sendo que os conceitos indeterminados discricionários são discricionários quando além de compreenderem uma complementação do tipo aberto, encerrarem um conflito axiológico, uma ponderação valorativa de interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma. Por igual, não são vinculados os conceitos de prognose, porque não envolvem uma valoração comparativa de interesses, mas sim uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro.

Na discricionariiedade há um juízo comparativo de ponderação valorativa dos interesses concorrentes à luz dos critérios de aptidão, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, no que, de certo, se aproxima da abordagem judicial. Vale referir que há uma distinção doutrinária entre em conceito jurídico indeterminado e discricionariiedade, de modo que a valoração de conceitos jurídicos indeterminados reportar-se-ia a uma decisão isolada (não comparativa) de prognose sobre um elemento da previsão normativa, já a discricionariiedade envolve um juízo comparativo de ponderação entre interesses conflitantes.¹⁵⁵

Segundo Hartmut Maurer¹⁵⁶ uma medida discricionária somente é admissível se for idônea, necessária e conveniente. A medida é idônea quando ela é capaz

¹⁵⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo : Dialética, 1999, p. 71.

¹⁵⁵ Ibid., p. 71. Neste trabalho, em função de seu objeto, não iremos aprofundar essa diferenciação visto que foge ao cerne da questão posta.

¹⁵⁶ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris. 2000, p. 52.

de alcançar o resultado; é necessária, se não existem outros meios convenientes que prejudiquem menos os afetados e a comunidade; e a providência é conveniente se ela não está fora da proporção em relação ao resultado aspirado.

O Supremo Tribunal Federal, em caso específico no qual se abordava a dosimetria da pena a ser imposta ao Réu, promoveu a devida investigação e reavaliação da decisão judicial que fixava a pena ao criminoso. Neste julgado, através do voto do Min. Sepúlveda Pertence, há expressa análise dos limites da “discricionariedade judicial” em que se reavalia a fundamentação adotada para fixar a dosimetria da pena, ponderando-se os aspectos relevantes que levaram à conclusão recorrida para, ao final, discordar quanto ao parâmetro inicialmente optado, dando nova solução ao caso, conforme se extrai do trecho a seguir:

“Não vai a tanto a chamada “discricionariedade judicial” extraída do art.50 do C.Penal. Basta a circunstância de que, no caso, que é da modalidade de guarda de substância entorpecente - o crime é de mera conduta para evidenciar que falta coerência lógico jurídica entre a circunstancia invocada – os resultados potenciais da quantidade da droga apreendida – e a elevação da pena base, que a sentença fixara em quatro, a nove anos de reclusão.”¹⁵⁷

Dessa forma, o controle a ser exercido sobre a discricionariedade judicial poderá ser efetivado tanto sob o aspecto procedimental (a forma de seu exercício, ou seja, deve ser precedida a decisão por um procedimento aberto e plural) quanto sob o prisma substancial em que se analisa o contexto situacional da decisão, sua motivação, com a observância da imposição de limites racionais e finalísticos ao exercício da discricção, que deverá, necessariamente, incorporar as determinantes e objetivos constitucionais.

Gustavo Binimbojm¹⁵⁸ afirma que o desenvolvimento de uma hermenêutica especificamente constitucional, disposta a conter, em limites racionais, a discricionariedade judicial, poderá contribuir para conferir maior consistência à atividade dos juízes constitucionais.

Pois bem, como se verá no tópico a seguir, é de reconhecer que a atuação judicial é criativa; inserindo-se, em seu contexto, alguma margem de liberdade e juízo político, como forma de concretizar o próprio texto constitucional.

¹⁴¹ Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence nos autos do Recurso Ordinário no HC n. 84.082-5/SP, 1ª turma, julgado em 11/05/2004, pub. DJU 04/06/2004.

¹⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro/ São Paulo : Renovar. 2001, p. 118.

Capítulo 4

O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Agregando, ainda mais, elementos para a compreensão de uma hermenêutica jurídica democrática, impende discutir a atuação judicial como exercício de poder do Estado Democrático e vinculado ao dever de concretizar os direitos fundamentais e princípios constitucionais.

4.1 O DIREITO JUDICIÁRIO E O PAPEL CRIADOR DA JURISPRUDÊNCIA

De certo que é pressuposto básico da análise em apreço que se tenha, por correta, a afirmação de que a norma jurídica advém do processo de interpretação do texto normativo.

Isto porquanto, da norma não se passa imediatamente para a relação ou situação jurídica sem que haja a interposição de um fato (fato natural ou conduta)¹⁵⁹. Dessa afirmação de Lourival Vilanova, pode-se inferir que, no processo de concretização do direito, faz-se imprescindível um *iter* mediador capaz de juridicizar o fato concreto alçando-lhe ao *status* jurídico.

A interpretação como meio de aplicação do direito surge, nesse contexto, como instrumento concretizador e criador da norma jurídica.

¹⁵⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 139.

O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo, sendo certo que os fatos também a determinam. Assim, segundo Eros Grau¹⁶⁰, a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

É de se ver que o texto da lei e a norma não se identificam, visto que o texto é apenas um sinal lingüístico e a norma é o que se revela.

Norma jurídica é a significação que colhemos da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior captado pelos sentidos. Vejo os símbolos lingüísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias e noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente como proposição.¹⁶¹

Diante dessas afirmações, resulta imprescindível correlacioná-la com o papel do Poder Judiciário, em especial, da Corte Constitucional brasileira, qual seja, o Supremo Tribunal Federal que se traduz no foro principal e último da interpretação constitucional.

A expressão direito judiciário (*judiciary law*) foi usada há mais de um século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir o fato de que,

¹⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 22.

¹⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 6.

no ordenamento inglês, embora o juiz nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser, em realidade, criador do direito.¹⁶²

Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances* à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno.

Encontra-se implícito o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. A melhor arte de redação de leis e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.

Cappelletti, citando o juiz americano Oliver Wendell Holmes, afirma que: “Não é completamente verdade que na realidade prática (e eu não conheço razão alguma pela qual a teoria dever estar em desacordo com a realidade dos fatos) uma dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro. Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário.”

Cappelletti observa que toda reprodução e execução varia profundamente entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e o estado de alma do intérprete.

Observa Karl Engisch¹⁶³ que as leis são elaboradas em todos os domínios jurídicos de tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões, tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação,

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 17-18.

¹⁶³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 207.

mas sim têm sido chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador.

Engisch explica essa constatação aduzindo que existem diversos modos de expressão legislativa que são de molde a fazer com que o julgador adquira autonomia em face da lei e como modos de expressão deste tipo os chamados: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e as cláusulas gerais.

Os conceitos jurídicos indeterminados, segundo Engisch são aqueles cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos e representam a predominância dos conceitos jurídicos.

Por outro lado, ainda parafraseando o Karl Engisch, muitos dos conceitos indeterminados soam, em um determinado sentido, conceitos normativos, em contraposição aos conceitos descritivos. Pode-se entender como conceitos normativos, primeiramente, como aqueles que são contrários aos conceitos jurídicos descritivos; aqueles que visam a dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos, mas que, só em conexão com o mundo das normas, tornam-se compreensíveis.

Esse volume normativo, contudo, tem de ser preenchido caso a caso, através de atos de valoração.

Em continuidade, os conceitos discricionários seriam aqueles advindos da valoração pessoal a serviço do afrouxamento da vinculação legal. Neste caso, a convicção pessoal - valoração - de quem quer que seja chamado a decidir é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo “espaço de jogo” será havida como sendo melhor e justa. Complementa o autor que é um problema de hermenêutica jurídica.

Por fim, como modo de expressão legislativa capaz de proporcionar autonomia no ato do aplicador do direito, surge a cláusula geral que se entende como uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.¹⁶⁴

Perceptível a liberdade jurisdicional como autêntica discricionariedade controlável sob os aspectos formal e material, surge então o interesse em penetrar no aspecto substancial da atuação judicial, em especial quanto ao elemento criativo que exsurge do processo de criação do direito e a interfluência dos sistemas político e jurídico.

4.2 A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como se constata da abertura cognitiva inerente ao sistema jurídico montado sobre uma sociedade plural e democrática, com participação dos cidadãos nas decisões estatais, vale observar o cunho político natural que exala de uma decisão judicial democrática.

Essa abordagem tem relevância para o estudo da hermenêutica jurídica democrática já que tomou como premissa que a função judicial é criativa do direito e que deve ser exercida com perspectiva ao contexto real vigente, de modo que o juiz no exercício de decidir deve ponderar, tal qual na política, qual a decisão mais adequada.

¹⁶⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 210, 214, 227, 228.

Para tanto, deve-se notar, como corolário da opção democrática e plural do texto constitucional brasileiro, que resulta frutífero ao debate a análise da atuação política do juiz ou atuação judiciária da política, tendo em vista a constatação de que vige uma sociedade complexa incorporada das mais variadas tendências e projetos de vida, com a profusiva contingência das decisões.

Um direito autônomo, pretensamente puro, caracteriza-se por fugir dos conflitos sociais para o abrigo seguro das filigranas formais. Ao banalizar, trivializar e institucionalizar os conflitos usando dos procedimentos judiciais como técnica de amortecimento de seu impacto o direito afasta-se da responsividade, diferindo de Luhmann que trabalha com sistemas fechados, autopoieticos, mas com abertura relativa,¹⁶⁵ e aproxima-se do modelo liberal-formal.¹⁶⁶

Ocorre que as tensões sociais decorrentes do desenvolvimento do capitalismo tendem a romper com essa autonomia formal direito, verificando-se, ao contrário, uma reintegração do direito à política e à sociedade. Daí decorre a possibilidade de uma ordem legal mais aberta às influências sociais, o que se chama de direito responsivo.

Trata-se do vetusto dilema entre sistemas jurídicos fechados e abertos, sendo que os sistemas abertos aumentam a margem de discricionariedade e flexibilidade no trato com o direito, no que é criticado por Luhmann, pois esse sistema perderia supostamente seu auto-controle e auto-produção.

Contudo, Selznick e Nonet percebem no direito responsivo um sistema que encara a pressão social como fonte de conhecimento e oportunidade para sua auto-

¹⁶⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 60.

¹⁶⁶ Ibid, p. 59.

correção, devendo as instituições estarem voltadas para os propósitos sociais. Expõe-se a autoridade à crítica social. A virtude do sistema responsivo residiria justamente na soberania dos propósitos e intenções sociais.¹⁶⁷

Assim, o princípio democrático de que todos têm o direito de participar do processo de tomada de decisões coletivas avizinha-se do ideal de civilidade do direito responsivo. O reconhecimento da legitimidade dos múltiplos valores implica o respeito dos direitos da minoria, estimulando, desse modo, as técnicas de negociação, discussão e compromisso.¹⁶⁸

Disto resulta que o juiz, na formação da decisão judicial, deve se inserir na realidade fática e considerar as questões extrajudiciais – seja pela atuação direta das partes, seja pela mídia, ou por outros meios paralelos – visto que é nessa realidade que vive o magistrado. Até porque o juiz, ao julgar, precisa fazer escolhas árduas no processo decisório sobre matérias singulares e que produzirão conseqüências sociais imprevisíveis sobre o contexto com o qual ele próprio se relaciona. Eis o campo da política.

De outro lado, diante das incertezas do processo decisório político, o Judiciário estaria cada vez mais assumindo um papel revalidador, legitimador ou instância recursal das decisões políticas. Os temas da política, premidos por uma multiplicidade de demandas, seriam revistos pelo sistema jurídico.

Na verdade, muitas vezes, o sistema político, inseguro em relação às decisões que ele deve e pode tomar, finge, no dizer de Campilongo¹⁶⁹, decidir mas, na verdade, apenas delega ao Judiciário - por meio de uma legislação confusa e que alarga

¹⁶⁷ SELZNICK; NONET apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 61.

¹⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 62.

¹⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 95.

os poderes do juiz - a capacidade decisória sobre questões que não lhes compete propriamente.

Essa realidade é tão patente que levou a Presidente da Corte de Karlsruhe e professora Jutta Limbach¹⁷⁰ reconhecer a politização do juiz : “Não o juiz político-partidário, mas o juiz político, representante do seu Estado”

Especialmente no âmbito do Tribunal Constitucional, haja vista a reconhecida abertura dos preceitos constitucionais, donde os juízes daquela Corte, ao desempenharem seu mister de interpretar-concretizar a Constituição, devem ser permeáveis aos valores políticos que correspondem aos ideais da razão pública, isto é, conforme Gustavo Binbenojm¹⁷¹, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem. Na mesma linha argumentativa de Binbenojm, Gisele Cittadino,¹⁷² ao estudar o papel político do Tribunal Constitucional, afirma que:

“Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo contexto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional da tutela da Constituição, traduz uma ação política, ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política.”

Roberto Dromi¹⁷³ doutrina que a administração da justiça eficaz requer um direito idôneo. A neutralidade e complexidade jurídicas em nada favorecem o papel institucional do Poder Judiciário. Na verdade, a justiça reclama uma politização jurídica, já que o direito é uma ordenação imposta pela razão prática, não pela razão pura. Todo

¹⁷⁰ LIMBACH, Jutta apud KRELL, Andrés J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 95.

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2001, p. 81.

¹⁷² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2004, p. 62.

¹⁷³ DROMI, Roberto. **El poder judicial**. 4. ed. 3. impresión, Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 157.

direito está inspirado em uma ideologia política a qual serve como ferramenta jurídica do sistema.

Em companhia de Dromi, pode-se citar a lição de André Tavares¹⁷⁴ ao lembrar que os juízes exercem atividade política em dois sentidos, tanto por integrarem um dos poderes do Estado, como por aplicarem normas jurídicas que são necessariamente políticas, de modo que nessa acepção o caráter político da Justiça será tanto maior, quanto maior seja a discricionariedade legal e constitucional. De igual, quando o Tribunal concretiza conceitos fluidos da Constituição atua politicamente.

Neste contexto, pode-se falar da politização do juiz no processo decisório para afirmar a advertência de Tercio Ferraz para quem, no mundo atual concentrado no *marketing* e mídia, inclusive na política, e pelo progressivo desenvolvimento tecnológico com o papel dos meios de comunicação como instrumento de forças políticas que até manipulam a certeza de alguns direitos, não é mais concebível pensar uma neutralidade judicial nos moldes liberais, mas sim de evitar a manipulação do homem-juiz pelas formas de poder de que ele se alimenta hoje, através da sua própria reflexividade, descobrindo, na sua prática, os limites e extensão dessas influências.

Sobre esse aspecto, Gadamer, em sua hermenêutica na qual acompanha as preocupações de Heidegger, já alerta para os riscos da pré-compreensão, de modo que o aplicador do direito deve sempre se policiar de seus preconceitos – mormente em uma época de profunda influência do meio de comunicação - para conceber a situação que lhe é posta com a maior profundidade cognitiva e assim produzir a conclusão jurídica.

A desneutralização do juiz importa em chamá-lo a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrutura da legalidade e

¹⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo : Celso Bastos, 2003, p.52.

da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.¹⁷⁵

Importa referir que a atuação discricionária do juiz, desse modo, além de admissível, estará sempre sujeita ao controle finalístico constitucional democrático.

O juiz no preenchimento de sua discricionariedade reavalia as razões essenciais e finalidades que levaram o legislador a tomar a decisão de emitir determinado preceito normativo. Assim agindo, exerce um poder discricionário e, neste momento, poderá adequar a aplicação do dispositivo legal ao contexto situacional verificado com o fito de gerar uma decisão judicial adequada e legítima.

De se ver que essa denominada politização não é, de todo, correta uma vez que o pretendido é a integral atuação jurisdicional sem arreios e travas formais, não se querendo atribuir ao Poder Judiciário a criação de políticas públicas, mas, tão só, impor a execução daquelas já estabelecidas pela Constituição ou por leis ordinárias de forma adequada. Como controle dessa interpenetração da política no sistema jurídico, Campilongo¹⁷⁶ pondera que o mecanismo pensado para impedir a politização do direito e para proteger a representação política das intromissões do Judiciário é a Constituição, cabendo a esta sensibilizar um sistema em relação ao outro e delimitar o território funcional de cada um.

Ademais, é de se esclarecer que o caráter político que uma determinada decisão venha a conter não lhe retira o conteúdo jurídico e o resultado político que uma decisão venha ter não lhe afasta o caráter jurídico.

¹⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n. 9, p. 45, 1995.

¹⁷⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 76-77.

É preciso reconhecer a ampla liberdade de decisão e a significativa margem atuação válida do juiz na escolha na melhor solução para o caso, especialmente no Estado Democrático. Não se deve negar que o regime democrático implica na constante abertura à escolha de novas decisões válidas.

Pode-se até pensar em instabilidade excessiva nesse modelo de atuação, no entanto, De Giorgi alerta que, quando se percebe que essa instabilidade poderá levar o sistema a perder seu potencial de autocontrole, surgem limites da politização de temas os quais são acionados através dispositivos fixados em outros sistemas sociais, particularmente, a econômica e o direito.¹⁷⁷

Assim, a politização é bem vinda e se mostra decorrência essencial da democracia como regime em que a discutibilidade e a diversidade de decisões é franca, ressaltando-se, contudo, a possibilidade de interpenetração de sistemas como mecanismo de controle de exageros e de instabilidades graves.

4.3 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO ALTERNATIVO

Não há como falar de ativismo judicial e liberdade jurisdicional sem referir ao denominado Direito Alternativo. Até porque ele reflete, em certa medida, uma manifestação do pluralismo, da percepção de que a complexidade social exige comportamentos de adequação, mas sem sufragar o arbítrio.

¹⁷⁷ De GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Trad. Menelick de Carvalho Neto e Juliana N. Magalhães. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.58.

Para tecer considerações acerca do denominado Direito Alternativo mister a referência a Amilton Bueno de Carvalho¹⁷⁸ para quem o direito alternativo surge como forma de rompimento com o saber positivista.¹⁷⁹

Não se trata mais de um direito neutro, mas sim da expressão de vontade de determinada classe. Essa não neutralidade invade o jurídico, buscando ser mais um instrumento de luta para emancipação da classe trabalhadora, colocando o jurista e o direito a serviço dessa luta.

Busca-se a atuação de um juiz engajado com a sociedade que repudia verdades definitivas, perseguindo a justiça, mas a justiça comprometida com os fracos. Bueno de Carvalho¹⁸⁰ chega ao ponto inclusive de afirmar que o direito alternativo prega uma justiça parcial e comprometida com os pobres.

Sobre a denominação Direito Alternativo, em que pesem as inúmeras críticas, Carvalho defende que essa adjetivação se deve ao fato de o Direito Alternativo representar uma opção contra o usual predominante, uma vez que o direito que vigoraria hoje busca perpetuar a dominação enquanto a alternatividade busca pela luta da emancipação da maioria da sociedade.

E distingue o Uso Alternativo do Direito como uma atuação dentro do direito positivado, utilizando-se das lacunas e ambigüidades em favor dos pobres. Para essa corrente, o juiz deve perquirir na legislação, via interpretação qualificada, abertura

¹⁷⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003, p. 127.

¹⁷⁹ Trazendo essa discussão para o pensamento jurídico no Brasil, é ilustrativo contextualizar que o pensamento positivista puro ortodoxo ganhou maior aderência nas escolas e faculdades de direito do Sul e Sudeste do país, ao passo que no Nordeste, em razão da influência das obras de Tobias Barreto e Sylvio Romero percebeu-se uma variação para o monismo evolucionista pelo qual a filosofia deveria fundamentar o conhecimento científico. Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. O positivismo culturalista da Escola do Recife. **Novos Estudos Jurídicos – Revista Quadrimestral do Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Univali, v. 8, n. 2, maio/ago, p. 315, 2003.

¹⁸⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. Op.cit., p. 127-128.

de espaços que possibilitem o avanço das lutas populares, revendo conceitos estabelecidos, através da crítica constante.

Já o Direito Alternativo em sentido estrito emerge do pluralismo jurídico. É um direito alternativo ao direito oficial. Denomina-se um direito paralelo, achado na rua, emergente, insurgente que prega a participação da comunidade na busca da solução a seus problemas, mesmo que tenha que agir *praeter legem* ou *contra legem*.

Trata-se de um direito que deve ser efetivado desde que resuma conquistas democráticas e busque a construção de uma sociedade mais justa.¹⁸¹

Em relação a esse tom revolucionário do Direito Alternativo, Edmundo Lima de Arruda Júnior esclarece que, atualmente, o movimento do Direito Alternativo já não pretende substituir a dogmática, nem teria a pretensão de fundar as bases ontológicas para um direito radicalmente inovador. Na verdade, lembra Edmundo¹⁸², a luta é pela realização de bandeiras “velhas” ainda não experimentadas na periferia do Capitalismo e arretama: “Quando a Revolução Francesa for feita no Brasil, talvez estejamos na hora de começar a pensar a reconstrução de novos paradigmas, num clima de maior socialização cultural e política.” Na verdade, o movimento do Direito Alternativo não se chocaria com o direito positivo, apenas agiria como vetor de racionalização do direito tendente a torná-lo mais moderno.

Contudo, afigura-se pertinente a referência ao movimento do Direito Alternativo em sentido amplo uma vez que, de certa forma, convoca o Estado-Juiz a agir de forma tópica voltada para o problema, além de corporificar nítido caráter democrático e que almeja a legitimidade estatal, pontos em que exaltam a sua vantagem.

¹⁸¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003, p.129.

¹⁸² ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito alternativo: tópicos para superar (pré) conceitos e (pré) juízos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região**, Brasília, v. 9, n. 4, out/dez, p. 37, 1997.

Por outro lado, é certo, como observa o próprio Edmundo de Arruda que a pregação por radicalismos que, em certos setores tem sido defendida sob a bandeira do Direito Alternativo, ao invés de colaborar para uma sociedade justa e um Estado Democrático, na verdade, reconduz a um estreitamento de visão que, por igual, é odioso e pródigo em injustiças.

De sua parte, Jacinto Coutinho¹⁸³ em conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, adverte para o discurso dos justiceiros, para os quais não existe lei, não existe sistema, não existe estrutura, não existe respeito pelo outros. Em nome da verdade que eles pensam que têm, tratam de distribuir justiça tiranicamente. E conclui: “Não pode ser assim. Isso é um golpe imaginário, que se impõe ao país e que se impõe ao povo deste país.”

4.4 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS DO DIREITO PORTUGUÊS

Neste momento, a invocação do direito comparado pode trazer luzes a essa atuação ativa do juiz.

Observando-se a função criativa do poder julgador dentro sua abordagem discricionária, propício e engrandecedor é analisar a construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional português, em companhia do que ocorre no direito italiano e alemão, ao tratar das denominadas sentenças manipulativas como forma de ativismo judicial capaz de adicionar ao direito vigente novos critérios normativos de decisão.

¹⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Direito ao Extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 144-145.

Pois bem, Carlos Blanco de Moraes¹⁸⁴ afirma que as decisões de inconstitucionalidade definem-se simples, quando implicam eliminação ou desaplicação da norma inconstitucional, ou mesmo pela supressão retroativa de seus efeitos; e manipulativas em sentido amplo, aquelas decisões que pressupõem a transformação do significado da norma constitucional ou a transformação ou redução dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Para o caso, é ilustrativa a citação das chamadas decisões jurisdicionais manipulativas com efeitos aditivos, que, segundo o autor português, desdobra-se em duas componentes, quais sejam, a componente ablativa, que elimina a norma inconstitucional, e a componente aditiva ou reconstrutiva, que implica positividade de direito pelo Tribunal Constitucional mediante uma operação interpretativa e integrativa.

E cita como argumentos favoráveis que justificam o legítimo manejo da interpretação reconstrutiva, os seguintes: 1-derivam do princípio da supremacia constitucional, da potencialidade expansiva das normas constitucionais e da competência do Tribunal Constitucional para interpretar normas jurídicas em conformidade com a Constituição; 2-derivariam do princípio do aproveitamento dos atos e do respeito pela conservação da lei que implicaria o apelo à interpretação conforme; 3-derivam do fato de, no campo dos direitos fundamentais, a Constituição impor mandato de atuação positiva, pelo que, neste campo, a liberdade ou discricionariedade relativa deveriam recuar frente a obrigação de *facere*, conexas com a tutela dos mesmos direitos, não sendo o papel de legislador negativo do Tribunal Constitucional suficiente para fiscalizar inatividades legislativas parciais, justificando-se que o Tribunal repare imediatamente

¹⁸⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. Efeitos aditivos das sentenças dos Tribunais Constitucionais. In: ENCONTRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 11., 2002. ANAIS... Org. Associação Brasileira de Constitucionalistas, 22 a 24 de agosto de 2002.

inconstitucionalidades geradas por certos vazios e lacunas; 4-derivam do fato de o Tribunal atuar em estado de necessidade evitando que lacunas criadas pelas sentenças com componente ablativa possam gerar efeitos mais onerosos para as pessoas do que as próprias leis declaradas inconstitucionais.¹⁸⁵

Assim, a experiência européia se presta a confirmar a presença de uma margem discricionária na atuação judicial, sobretudo quando se maneja com preceitos e princípios constitucionais, haja vista a sua expansividade cognitiva, de forma que se outorga ao magistrado a conduta ativa de realização dos objetivos constitucionais, aos quais está limitado e jungido.

Nessa atuação, impõe-se, ainda, como fator de contenção contra possíveis abusos, a própria percepção da realidade subjacente, a ponto de impor uma análise consequencialista ao magistrado em relação aos efeitos de suas decisões, tendo em vista o objetivo de torná-las deliberações legítimas e democráticas

4.5 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO

Retornando-se ao direito nacional, deve-se perceber como tem evoluído o comportamento do Supremo Tribunal Federal quanto à atuação do judiciário como atuante efetivo na criação do direito.

¹⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Efeitos aditivos das sentenças dos Tribunais Constitucionais. In: ENCONTRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 11., 2002. ANAIS... Org. Associação Brasileira de Constitucionalistas, 22 a 24 de agosto de 2002.

Desde já, cabe citar a crítica ofertada por Ingeborg Maus¹⁸⁶ para quem o excessivo papel ativista do Tribunal Constitucional, pode gerar a constatação de que a competência do Tribunal Constitucional não derivaria mais da própria Constituição, tal competência derivaria de princípio de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que levaria a romper com os limites de qualquer competência constitucional. E conclui que o Tribunal quedaria, assim, por submeter todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se liberaria ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

Destarte, embora relevante a crítica operada acima, fica certo que ela deve ser tomada como uma advertência, que, no entanto, não é capaz de obstar o exercício reconstrutivo da hermenêutica promovida pelo Tribunal Constitucional e pelos juízes em geral quando atuam, sobretudo, na defesa da efetividade dos direitos fundamentais e objetivos constitucionais.

Pois bem, de qualquer forma, justifica-se a abordagem acerca da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto a sua interpretação constitucional e o seu papel como legislador positivo, também para conferir maior praticidade ao estudo em curso, de modo a contextualizá-lo com a prática forense vigente em nosso país, em face do atual estágio da técnica jurídica até aqui exposta.

Assim, neste ponto, é válido perceber que, apesar da relevância jurídica da argumentação em prol do ativismo judiciário, através do qual o Poder Judiciário poderia prover a falta legislativa do poder público, de modo a garantir a eficácia imediata dos

¹⁸⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov., p. 191-192, 2000.

direitos fundamentais, insta perceber, por seu turno, que o Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, por seu Tribunal Pleno, tem rechaçado a possibilidade de atuação positiva da Corte em seu papel interpretativo-criador.

Para tanto, invoca-se o trecho da Ementa do acórdão que julga o AI 153334 – AgR-EDv-AgR, cujo relator foi o Ministro Maurício Correa:

“Jurisprudência das turmas desta Corte é firme no sentido de que é vedado a este Tribunal, via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei, alterar o sentido inequívoco da norma. A Corte só pode atuar como legislador negativo, não porém como legislador positivo.”¹⁸⁷

Por igual, o julgamento da ADI n.1063 – MC-QO, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

“O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.”¹⁸⁸

Em que pese a postura relatada, ao que se observa da evolução da jurisdição constitucional em seio pátrio e no direito alienígena, em especial o direito alemão, veremos que essa postura deve ser relativizada.

De certo que, a bem do princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea imutável, o papel do Tribunal Constitucional deve encontrar amarras capazes de impedir a sobreposição do Poder Judiciário sobre a atuação do Poder Legislativo, gerando o caos.

¹⁸⁷ AI 153334 AgR-EDv-AgR / RS, Rel. Min. MAURICIO CORREA. Publicação: DJ DATA-23-02-96 PP-03629-Tribunal Pleno.

¹⁸⁸ ADI 1063 MC-QO / DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Publicação: DJ DATA-27-04-2001 PP-00057 Tribunal Pleno.

Gustavo Binimbojm¹⁸⁹ pensa o papel do Tribunal Constitucional para além da mera função de legislador negativo, atribuindo-lhe um papel de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, constringendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático.

Assim, sob essa perspectiva de Binimbojm, pode-se vislumbrar uma alternativa entre o poder judicial ativo de implementar políticas públicas e o papel de “apelo ao legislador” a ser estendido aos demais setores dos poderes constituídos, convocando-os a agir democraticamente.

Por outro lado, não menos certo e necessário é a constatação de que a jurisdição constitucional deve ser exercida com vistas a garantir a eficácia dos direitos fundamentais e os objetivos constitucionais determinados pela Constituição, evitando, assim, decisões formalmente corretas mas inúteis e geradoras de perplexidades, prestigiando, assim, a democratização da jurisdição constitucional, tornando-a cada vez mais legítima.

Isto porquanto, conforme observado anteriormente, a aplicação do direito é atividade interpretativa que visa justamente extrair o comando normativo do texto legal frio e abstrato.

É inerente à interpretação obter a norma através da confluência de princípios e em observância da realidade prática subjacente, sob pena de graves paradoxos.

De igual modo, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo deve promover a interpretação constitucional de modo construtivo, com compromisso de efetividade dos direitos fundamentais, tanto que o Min. Sepúlveda Pertence quando do

¹⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2001, p. 82.

juízo do Recurso Extraordinário n.135.328-SP, ao lavrar seu voto, critica com severidade a inflexibilidade e estreiteza da jurisdição constitucional ortodoxa adotada pelo Tribunal à época afirmando que:

“(…) consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição. Essas alternativas radicais – além de notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma constitucional – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.”¹⁹⁰

Na leitura deste precedente, percebe-se uma evolução na atividade hermenêutica do Supremo Tribunal, permitindo a si uma abertura cognitiva voltada à realidade vigente, fazendo exsurgir o contexto fático como fator de produção de decisões mais legítimas e democráticas, capaz de aproximar o Tribunal do seio social.

Veja-se que na situação ventilada no referido julgado, a solução alcançada se acomoda às exigências fáticas, até porque, numa Constituição dirigente e compromissária como a Carta de 1988, regendo uma produção legislativa anárquica e inflacionada como a brasileira, suscita, naturalmente, problemas de alta complexidade no controle de constitucionalidade, de modo que o equacionamento satisfatório destes problemas nem sempre se compadece com o dogma da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade, razão pela qual Daniel Sarmento¹⁹¹, em reforço, advoga que é preciso flexibilizar este dogma, reconhecendo a faculdade do Poder Judiciário de temperá-lo, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem.

¹⁹⁰ Voto do Min. Sepúlveda Pertence exarado no julgamento do RE n. 135.328-SP – Pleno do STF, em 26/09/1994.

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 43.

Mais uma vez, portanto, ressaí clara a tomada de posição do Tribunal quanto a necessária proximidade legitimadora das decisões da Corte em face da realidade prática subjacente, servindo a Constituição como fator legitimador das decisões. Walter F. Murphy¹⁹² observa que a Constituição tem em uma de suas mais primárias funções a legitimação dos atos governamentais, dando-lhe o poder correspondente.

Neste ponto, torna-se útil contextualizar, ainda, que esta postura agregada pelo Judiciário tem relação com o papel concretizador dos direitos fundamentais, razão pela qual é necessária a breve análise da distinção entre direitos de defesa e direitos a prestação do Estado.

A discussão que envolve a satisfação de direitos de prestação remonta em breve discussão quanto à distinção entre direitos fundamentais de defesa e direito prestacionais.

Os direitos fundamentais de defesa são os direitos fundamentais primordialmente surgidos em face de um estado absolutista e intervencionista, como forma de proteção das liberdades em face da opressão do Estado.

Já os direitos fundamentais, enquanto direitos a prestações positivas, surgem como uma forma de exigir que o Estado preste condições aos indivíduos para que estes possam desfrutar daquela liberdade.¹⁹³

Sobre essa celeuma é recorrente e necessária a análise do pensamento de Robert Alexy que trata os direitos de defesa e de prestação, na verdade, como posições

¹⁹² MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American constitutional interpretation*. New York : The Foundation Press, 1995, p. 3 “*The most obvious and for that reason often overlooked, is to confer legitimacy on certain kinds of public action: to empower government.*”.

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed., 2. tiragem, Brasília : Brasília Jurídica, 2002, p. 203.

jurídicas através da construção de uma teoria analítica dos direitos, definindo os direitos de defesa como direitos a ações negativas do Estado.

Alexy¹⁹⁴ observa que os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos, primeiramente direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações do seu titular; em segundo, direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito e, por último, direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Sobre os direitos a prestação, Alexy os divide em direitos a prestações explicitamente estatuídos, tal como se encontra em algumas Constituições e são chamados de direitos sociais fundamentais e, por outro lado, direitos a prestações extraídos interpretativamente. E afirma que, nestes casos de direitos extraídos interpretativamente, existe a possibilidade de serem normas vinculantes e não vinculantes, sendo que os direitos não vinculantes seriam apenas enunciados programáticos.

E conclui que o Tribunal Constitucional não se deve apresentar inoperante frente a um órgão legislador inoperante, visto que o Tribunal possui possibilidades processual-constitucionais que se estendem desde a mera constatação de uma violação da Constituição com a sucessiva fixação de um prazo dentro do qual o legislador deve levar a cabo uma legislação de acordo com a Constituição, até mesmo à formulação judicial de uma regra para o caso concreto extraída diretamente da Constituição.¹⁹⁵

É válido perceber, por outro lado, que a interpretação voltada à realidade, embora colabore para a adequada concretização dos direitos fundamentais e objetivos da

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 189.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 496-497.

Constituição, doutro giro condiciona os efeitos da decisão judicial a aspectos fáticos como é o caso da denominada “reserva do financeiramente possível”, sob pena de se tornar vã.¹⁹⁶

Na perspectiva de uma interpretação voltada a concretização de direitos fundamentais, importante a referência ao entendimento de Konrad Hesse¹⁹⁷, para quem a concretização constitucional se apresenta na prática com o manejo das normas constitucionais que têm somente um conteúdo marco ou principal, como no caso das normas de direitos fundamentais que somente fixam decisões fundamentais jurídico-constitucionais e preceito que contém a fixação de determinados objetivos do Estado. E complementa que para concretização desse conceito marco é imprescindível a invocação do método tópico orientado ao problema, na forma preconizada por Viehweg.

Interessa frisar, ainda, como elemento fundante das decisões sobre direitos fundamentais a invocação a princípios que, na leitura de Alexy¹⁹⁸ consistem “comandos de otimização” que ordenam a máxima realização dos valores neles contidos dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Com efeito, invocando-se um caso concreto vale perceber que a interpretação promovida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 135.328-SP no qual se buscou caracterizar o direito a prestação jurídica integral a pessoas carentes como direitos fundamentais prestacionais que demandam uma atuação positiva do Estado referente ao estabelecimento normativo e fático da Defensoria

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed., 2. tiragem, Brasília : Brasília Jurídica, 2002, p. 205.

¹⁹⁷ HESSE, Konrad apud BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menendez. Baden Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 31.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

Pública, sopesando e ponderando, contudo, o limite do financeiramente possível e o papel criador da Suprema Corte de modo a evitar o arbítrio e invasão de poderes.

Nesta perspectiva optou por dar ultratividade a norma de direito pretérito e sedimentou a compatibilidade da assistência judiciária como atividade compatível com as atribuições do Ministério Público de modo a atender e dar eficácia ao direito fundamental em apreço e manter a conformidade constitucional da decisão exarada.

Como precedente de inteira aplicação ao caso, vale invocar a decisão tomada no Recurso Extraordinário n.147.776, cujo Rel. Sepúlveda Pertence, ao ser citado por Zélio Maia da Rocha,¹⁹⁹ quando aduz que se exige do Judiciário, como forma de dar eficácia à Constituição Formal diante das alterações fáticas, uma firme atuação no sentido de dimensionar essa concretização do texto constitucional em face do surgimento de novas situações, promovendo, assim, a verdadeira edificação constitucional capaz de emprestar estabilidade à Carta Magna. Neste sentido, oportuna a referência ao precedente acima, que considerou determinada lei “ainda constitucional”, passando a norma questionada a ser considerada inconstitucional tão logo a realidade fática fosse alterada.

Neste julgado, o Min. Sepúlveda assim delibera: “(...) a possibilidade de realização da norma da constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática.” Interpretação essa que aproxima-se bastante do caso paradigma citado alhures e que há a denominada inconstitucionalidade progressiva.

Pois bem, no caso paradigma, ou *leading case*, qual seja o julgamento do Recurso Extraordinário n. 135.328-SP, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal

¹⁹⁹ ROCHA, Zélio Maia da. Construção constitucional e a atuação do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, ano VII, n. 151, Consulex, p. 45, 2003.

Federal, no qual se fixou o entendimento no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art.134), subsistirá íntegra, na condição de “norma ainda constitucional”, a regra ínsita no art. 68 do Código de Processo Penal que permite ao Ministério Público propor ação civil *ex delicto*.

O Supremo Tribunal Federal ponderou que a “norma ainda constitucional” se cuida de um transitório estágio intermediário situado entre os estado de plena constitucionalidade e de absoluta inconstitucionalidade, sendo certo que, em face da progressiva modificação das circunstâncias fáticas, haverá uma proporcional inconstitucionalização da norma em estudo.

José Júlío Fernandez Rodriguez²⁰⁰ afirma que uma omissão constitucional não se traduz necessariamente em uma lacuna, posto que o incumprimento de uma obrigação de desenrolar da norma fundamental não supõe um vazio na legislação ao existir a possibilidade de que a normativa pré-constitucional na matéria siga em vigor ao ser acorde com o conteúdo da Carta Magna.

Não que o caso paradigma do Supremo Tribunal Federal seja acomodável integralmente à hipótese ventilada por Rodriguez, mas, de certo, a solução veio em busca de um dispositivo pré-constitucional, razão pela qual se faz oportuna a referência suso.

Invocando as lições até aqui alinhavadas, pode-se extrair que o exercício interpretativo empreendido pelo Supremo Tribunal, de modo claro, revela o papel criador do Judiciário adequando o preceito constitucional à realidade vigente e, nesse papel,

²⁰⁰ RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. *La inconstitucionalidad por omission: teoria general: derecho comparado: el caso espanhol*. Editorial Civitas, 1998, p. 98.

corporifica a hermenêutica democrática ao eleger como melhor solução para o caso um opção intermediária que visou concretizar os objetivos constitucionais.

Com efeito, a discricionariedade do judiciário, nesse caso, foi agregada de valores constitucionais corporificados em direitos fundamentais, que conduziram o Tribunal a desenvolver uma argumentação racional norteada por um princípio democrático legitimador.

Por direta necessidade metodológica, torna-se imprescindível discorrer acerca da legitimidade e sua participação na formação da decisão judicial.

Capítulo 5

O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

O estudo da legitimidade tem excepcional importância para o desenvolvimento do estudo em curso, haja vista a busca da definição dos contornos de uma hermenêutica jurídica democrática e seu papel legitimador das decisões judiciais.

Desse modo, a análise da legitimidade, como fenômeno jurídico e social, implicará constatação da fluidez de seu conceito, ao mesmo tempo que se perceberá a exigência de sua necessária presença na atuação de um Estado Democrático de Direito, uma vez que suas decisões precisam ser adequadas e racionalmente justificadas, de forma a permitir sua aceitação geral.

Para demonstrar quão intrínseco estão os temas democracia e legitimidade Carlos Blanco de Moraes afirma que democracia significa, na sua essência medular, a legitimação de um poder governante através do livre consentimento dos governados.²⁰¹

A noção de legitimidade do poder, afirma Adeodato²⁰², parece sempre consistir numa tentativa de justificar determinado tipo de ação política, estabelecendo uma ponte entre as expectativas dos destinatários e determinada orientação de condução da comunidade, já que aqueles que exercem o poder de condução formam uma minoria em relação aos que obedecem. Essa constatação de fragilidade da minoria dominante desemboca na necessidade de que a maioria esteja convencida de que não há necessidade

²⁰¹ MORAIS, Carlos Blanco. Democracia e consenso na decisão de legislar. In **Revista brasileira de direito constitucional**, Método: São Paulo, n. 3, p. 119, jan/jun, 2004.

²⁰² ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. 1

de uma constante aplicação da força para manter a convivência, em que pese desigualdades sociais e políticas.

Outro pressuposto, é que a orientação quanto aos rumos a serem seguidos pela comunidade é uma decisão arbitrária, tendo em vista a existência de outros caminhos possíveis. Ademais, as normas de condução entram em conflito com a conduta efetiva quando transgredidas, o que ressalta o caráter repressivo do direito e reforça a exigência de legitimidade.

Para contextualizar o problema, importa estabelecer algumas considerações evolutivas. Inicialmente, é importante esclarecer a diferença entre trabalho e ação, que remonta, por sua vez, à diferença entre *lex* e *jus* (sendo a *lex* o resultado do trabalho do legislador, enquanto o *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo). O que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade (legitimidade) ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo.

Na era moderna, há uma progressiva perda do antigo sentido de ação, cada vez mais confundida com trabalho, implicando redução do direito à norma. O direito reduzido à norma será então encarado como meio para atingir certos fins: bem estar, paz, segurança, etc. Nesse sentido, a legitimidade do direito passa a depender de fins (valores) a que ele serve.

Na época contemporânea, por sua vez, o trabalho cada vez mais se aproximou do labor (consumo). Assim, evolutivamente pode-se dizer que o direito, na antiguidade, era ação, na era moderna passa a ser norma (objeto de uso) e, no mundo contemporâneo, torna-se regra técnica de organização da atividade contínua do homem na produção de bens de consumo para a própria sobrevivência: direito como objeto de consumo, isto é, forma instrumental, um meio para realização de um fim, relação esta

regida por um valor econômico, qual seja, a utilidade. Assim, a estabilidade do direito somente é reconhecida enquanto ele é eficaz no atingimento do fim que se propõe alcançar.²⁰³

5.1 ORIGENS DO TERMO LEGITIMIDADE

Etimologicamente, a palavra legitimidade provém do latim *Legitimus-a-um* que significava em conformidade com a lei.²⁰⁴

Na Grécia antiga, vê-se o poder legítimo como originário da faculdade para a ação política, propiciada pela liberdade, visto que o cidadão não tem senhor, e pela igualdade em relação aos seus pares. Adeodato²⁰⁵ expõe como características da legitimidade do poder político: a liberação das necessidades vitais e econômicas em geral, existência de outros na mesma situação e um espaço onde os cidadãos debatam suas alternativas de decisão que persuadam uns aos outros.

Platão,²⁰⁶ em crítica à persuasão e prestigiando a verdade racional como força legitimadora, apela ao mito do inferno e à crença em recompensas e punições em sua vida futura.

É em Roma que se consegue conceituar nitidamente um fundamento de legitimidade que assume a distinção entre governantes e governados sem determinar o espaço político da liberdade herdada da tradição grega.

²⁰³ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. IX.

²⁰⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. Legitimidade jurídico-política e crise: uma exposição do problema. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Universidade Federal de Pernambuco, Recife, LXXII, p. 135, 1985.

²⁰⁵ Ibid., p. 31-32.

²⁰⁶ PLATÃO. **Diálogos.** Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1995, p.207.

Embora o termo legitimidade tenha origem romana ele não aparece no sentido de fundamentos da obrigatoriedade e do poder jurídico-político, pois o adjetivo *legitimus* significava em conformidade com a lei.²⁰⁷ O conceito de lei em Roma era mais extenso do que a mera norma jurídica legislada, pois abrangia os diversos tipos de atos jurídicos que emanavam de autoridades. As leis, por excelência, nasciam de questões propostas pelos magistrados, as quais eram votadas em assembléia de cidadãos.

Com a participação direta dos governados na efetivação das grandes decisões, sob a vigilância do Senado, toda lei romana era legítima e legítimos eram todos os atos praticados de acordo com ela. Não se cogitava uma lei ilegítima ou injusta.

Assim, em Roma, sancionada a lei pela fonte do poder – o povo – e pela fonte de autoridade – o senado – toda lei era, por definição, legítima.

Contudo, observa Adeodato²⁰⁸ que não é na etimologia da palavra legitimidade, mas sim na autoridade, que se encontra a contribuição decisiva dos romanos ao tema da legitimidade, especialmente com a distinção que se estabeleceu entre autoridade e poder, sendo aquela concedida como instância da legitimidade deste.

Especial atenção também era dada à tradição, de modo que a autoridade dos fundadores de Roma orienta e fundamenta o poder exercido pelas novas gerações, que se expressa por meio da tradição. Quanto mais próximo ao passado mais legítimo.

O cristianismo, por sua vez, nos termos da filosofia grega, despolitiza a noção de liberdade e a identifica com livre arbítrio. A Igreja prega, assim, que a verdadeira liberdade nunca pode ser retirada de ninguém, pois que sempre restará ao cristão a opção de aderir à verdadeira religião. Essa liberdade cristã parte da vontade de

²⁰⁷ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. 35.

²⁰⁸ Ibid., p. 35-36.

cada um. Não se trata mais da liberdade de poder agir em um contexto político que legitimamente o propicia, mas sim de um mero querer individual.

A Igreja mantém a separação entre o exercício do poder e a fonte da legitimidade, arvorando-se herdeira da tradição romana e, por consequência, imitando-se no poder de legitimar os poderes seculares, vez que a Igreja é quem detém a autoridade de ser porta-voz de Deus no mundo.

Disto resulta que as regras humanas devem se curvar à lei natural estabelecida por Deus e transmitida aos homens através da Igreja.

Adeodato²⁰⁹ qualifica como jusnaturalistas os sistemas teóricos elaborados pela Igreja e que se espraiaram por todo pensamento que atravessa a era medieval e penetra na idade moderna, pois têm como especificidade comum o caráter extrínseco do fundamento da legitimidade, já que tanto os mandamentos divinos como os ditames da razão são pilares incondicionais, externos, prévios e superiores. Além disso, verifica-se o conteúdo ético desse pensamento, pois o seu fundamento não é político. E, ainda, sob a noção de legitimidade na visão eclesial, surge a convicção de limitar o exercício do poder de fato e evitar sua tendência à auto-perpetuação, de modo que os governantes seculares são meros protetores e não donos da sociedade civil. Por fim, o direito natural se pretende imutável e universal.

Acontece que essa mesma forma imutável e axiomática da doutrina eclesial redundou em seu ocaso, ante a convicção da necessidade de algum outro princípio de legitimidade ligado à razão.

²⁰⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. 40.

Assim, a razão humana passa a nortear o pensamento humano. A legitimidade do sistema jurídico decorre de algo transcendente ao próprio ordenamento, embora não mais transcendente à condição humana mesma. Mas ainda há um direito natural, o que implicará a superação desse novo direito natural antropológico, mas, ainda, axiomático.

Surgem as doutrinas contratualistas que implicam, em regra, a transferência da legitimidade para o âmbito da comunidade e sua vontade, utilizando-se de um critério mais mundano do que a razão humana e a divindade de Deus. Tanto que o Contrato de Rousseau pressupõe que a vontade geral precisa legitimar o contrato social através da consulta de todos e de cada um dos membros da sociedade civil. Daí defender a democracia direta e sem representação.

5.2 LEGITIMIDADE NO ESTADO MODERNO E O MONOPÓLIO DO DIREITO

No Estado Moderno, o Estado pretende identificar-se com o mundo jurídico, arvorando-se detentor do monopólio do direito, o que não significa que o direito não possa surgir de outras fontes que não a lei, mas sim que o Estado detém a última instância para dizer o direito.

Ao longo desse processo que ultrapassa o Estado Absoluto, a revolução francesa e o liberalismo, o Estado vai consolidando seu poder de controle da realidade jurídica, surgindo como sintoma relevante o aparecimento de procedimentos juridicamente organizados, quando o direito processual passa a preencher as lacunas deixadas pelo direito natural.

A lei de uma sociedade se torna positiva quando se reconhece a legitimidade da pura legalidade isto é, quando a lei é respeitada porque feita por decisão responsável de acordo com regras definidas. Assim, o Estado positiva as alternativas que se apresentam importantes entre as várias possibilidades, e essas decisões se expressam através de normas jurídicas legisladas cuja legitimidade é referida a outras normas jurídicas legisladas superiores, e assim por diante, até a norma constitucional.²¹⁰

A legitimidade é vista como variável histórica, o que antes era verdade passa a ser uma função, uma verdade relativa à obtenção de resultados eficientes.

A legitimidade deixa de reportar-se a conteúdos externos, fazendo-se legitimação.

As decisões do Estado legal-racional se legitimam através de como este administra o sistema jurídico-político, via normas pretensamente apolíticas, impessoais, eficientes, imparciais e desvinculadas de outros subsistemas sociais, mormente os econômicos. Na prática, afirma Adeodato²¹¹, o Estado racionalizado se legitima simplesmente pela administração, pela simples detenção dos meios de controle.

Vale frisar que o pensamento positivista normativista implicou na concepção de que tudo que funciona é válido e o poder é tudo aquilo que faz com que as pessoas obedeçam, de modo que a legitimidade não mais deriva do legal ou da compatibilidade vertical de normas, mas sim na obtenção da obediência, de modo que tudo o que produz a obediência é legítimo. É aí que a violência é tomada como forma de poder.

²¹⁰ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. 54-55.

²¹¹ Ibid., p. 58.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo²¹² afirma que a substância da legitimidade está na axiologia que suporta o sistema juspolítico; o conjunto de valores que, aceitos, é capaz de gerar um onímodo poder social que, até certo ponto, poderá minimizar o exercício de sua expressão física.

O que legitima o poder não é uma instância anterior e, muito menos a força, mas sim a própria manutenção do Estado. Neste sentido, De Giorgi critica que o poder não pode sustentar-se no recurso à força, porque, nesse caso, deixa de ser poder. Até porque o recurso à força demonstra a fragilidade dos pressupostos de poder e sua predisposição a sucumbir em face de pressões do ambiente.²¹³

Tratando-se, no entanto, das teorias sociológico-jurídicas da legitimidade, questiona-se se a obediência é prova de legitimidade. Neste sentido, a legitimidade é tida como um efeito produzido pela associação entre experiências e símbolos e pelo controle da comunicação dos mesmos por parte do poder jurídico-político.²¹⁴

Nesta perspectiva, Adeodato²¹⁵ enquadra Niklas Luhmann na chamada Escola Funcionalista da sociologia jurídica contemporânea e estabelece que, para ele, o problema de legitimidade está intimamente ligado à normatização de expectativas a respeito de acontecimentos futuros, ou seja, em como obter dos destinatários das normas uma aceitação tácita de decisões que ainda não ocorreram e cujo conteúdo específico é indeterminado. E assevera, quando duas partes entram em litígio processual, nenhuma delas tem qualquer certeza a respeito do que será efetivamente decidido, o que depende

²¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 5.

²¹³ De GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Trad. Menelick de Carvalho Neto e Juliana N. Magalhães. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.44.

²¹⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. 71.

²¹⁵ Ibid., p. 73.

de uma infinidade de fatos externos ao próprio litígio, como a habilidade do advogado ou mesmo os preconceitos pessoais do juiz, o que se garante de fato, são apenas as regras do jogo. Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é o que se denomina legitimidade.

A legitimação para Luhmann é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas específicos, os procedimentos.

E Luhmann²¹⁶ afirma que a legitimidade seria uma ilusão funcionalmente necessária pois se baseia na função de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta, não é de fato, realizada. Sob essa perspectiva, legítimo passa a significar o que é de acordo com procedimentos jurídicos pré-fixados, sem qualquer conteúdo externo ou imanente. A legitimidade não é, mas processa-se. Por isso chama-se legitimação.²¹⁷

Pois bem, percorrendo a trilha da evolução do pensamento humano com especial atenção à concepção de legitimidade, Adeodato afirma que a legitimidade da lei tem seu fundamento de validade, entre outros fatores, na velha máxima romana *pacta sunt servanda*.

A legitimidade como visto tem estreita relação com a forma de o Estado fazer valer o cumprimento de suas determinações, ou seja, guiar os caminhos da comunidade.

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília : UnB, 1980, p. 100.

²¹⁷ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p.73-74.

Neste caminho, Selznick e Nonet pregam que os princípios de legitimidade são fórmulas capazes de justificar a obediência e obter o consenso. São regras que limitam o poder.²¹⁸

Coloca-se, assim, a questão sob a forma de como induzir outros sujeitos a determinadas condutas, referindo, Adeodato, a quatro formas de experiência concretas para esse fim: a persuasão, a autoridade, o engodo e a força.

A persuasão é a única dessas experiências que pressupõe a igualdade de condições entre as partes, com referência ao conteúdo da mensagem para conduzir a conduta de outro. A autoridade baseia-se na desigualdade da posição do emissor em relação aos destinatários da ordem, não tendo qualquer referência com o conteúdo da mensagem. O engodo pressupõe uma omissão ou encobrimento das condições de fato, evitando que o receptor venha conhecer o sentido real da mensagem, tendo como uma das formas a criação de dificuldades aos destinatários quanto a participação na discussão acerca das decisões a serem tomadas. Enfim, a força como virtual aplicação da violência.²¹⁹

A verdade, no entanto, segundo Adeodato é que não é possível fixar uma posição única e absoluta sobre a legitimidade, pois que se trata da avaliação entre os prós e contras de um pensamento tópico.

É interessante citar, ainda, a posição de Jerome Hall²²⁰ a respeito do tema, ao pensar que o juízo de valor de nossa cultura quanto ao aspecto político é, em última análise, o ideal democrático, de modo que este ideal está na essência do direito positivo,

²¹⁸ SELZNICK; NONET apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p.60.

²¹⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p.202.

²²⁰ HALL, Jerome. **Democracia e direito**. Trad. Arnold Wald e Carly Silva, Rio de Janeiro : Zahar, 1949, p. 73-77.

tanto que nessa essência está o próprio “consentimento dos governados” e tudo o mais estará implícito no processo democrático.

Esse consentimento dos governados não significa que os cidadãos queiram alguma coisa e esta seja feita pelo governo, nem a simples aprovação da legislação pelo povo. O consentimento dos governados significa principalmente, o direito de voto de todos os cidadãos adultos normais, a livre manifestação do pensamento e a responsabilidade do governo perante os governados. Pressupõe não uma simples aprovação ou aquiescência, mas uma participação ativa nos processo de governo. Em uma sociedade democrática o consentimento dos governados significa autodeterminação.

Assim, cabe a referência feita por Tércio Ferraz²²¹ de que a legitimação da atividade jurisdicional, como decorrência do Estado Liberal, depende da satisfação de duas funções, uma instrumental que consiste na satisfação, por meio da decisão judicial, de necessidades decorrentes de finalidades distantes ao caso particular, como a justiça, a paz social ou a segurança jurídica – esse processo se opera no tempo - e uma função expressiva, que se dá por meio da subsunção do caso à norma com a satisfação de necessidades concretas. Essa perspectiva, embora válida neste momento teria sido ultrapassada por uma visão do direito como um programa funcional, hipotético e condicional, que dá uma certa automaticidade ao julgamento, que se libera de complicados controles de finalidade de longo – como referido na função instrumental – e se reduz a controles diretos, caso a caso.

²²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, , n.9, 42, 1995.

Então, firme-se que a própria democracia, ou o agir democrático do Estado, funciona como elemento de legitimação dos atos governamentais, inclusive as decisões judiciais.

Com isso, já é possível preconizar que a atuação jurisdicional no preenchimento da discricionariedade que lhe é inerente deve atuar em conformidade com os contornos do caso concreto e sua pertinência com os objetivos constitucionais do Estado, promovendo uma hermenêutica jurídica democrática cujo efeito gerará a legitimidade dos atos decisórios dela decorrentes.

5.3 POSIÇÃO DE J.J. GOMES CANOTILHO SOBRE A PERSPECTIVA DE UMA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

O problema da legitimação não consiste só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, pois interfere, ainda, na justificação da existência de um poder ou domínio dotado de aceitação desse domínio por parte dos destinatários desse poder.

O aprofundamento no primeiro sentido, isto é, na legitimidade como justificação ou crítica da legitimidade interna do direito, impor-se-á, como uma necessidade jurídico-material, no sentido de defender o direito contra instrumentalizações arbitrárias.

Eis porque é um problema de legitimação o fenômeno da dinamização da Constituição expresso, entre outras coisas, na consagração de linhas de direção para sujeitar os órgãos de direção política à execução de imposições constitucionais acerca da

compreensão dos direitos fundamentais e da constitucionalização de direitos econômicos, sociais e culturais (direitos a prestação).

A colocação do problema da legitimidade sob uma perspectiva programática (fins e tarefas do Estado) em rejeição à perspectiva de valores transcendentais implica, em termos de teoria da Constituição, na fixação das condições do exercício do poder (legitimidade processual) e dos pressupostos materiais (fins e tarefas) desse exercício (legitimidade normativo material).²²²

E esclarece Canotilho que, ao se insinuar que o problema da legitimidade constitucional pouco lucrará ao onerá-lo com o problema filosófico-jurídico do ser do direito ou da revelação do direito, não se pretende concluir que a questão essencial seja o processo, entendido como forma de conhecer e decidir acerca dos problemas coletivos da comunidade.

A legitimidade decidida à semelhança de Habermas, como dignidade de reconhecimento de uma ordem constitucional, compreende dois aspectos fulcrais de qualquer ordenação da *res publica*: 1) processo; 2) bem comum (justo comum).

Diogo de Figueiredo²²³ vai mais além e identifica a legitimidade com o interesse público, esclarecendo que, por mais extensa e minudente que seja a definição jurídica de legalidade, sempre existirão miríades de aspectos do interesse público não legislado que, não obstante, constituem definições políticas derivadas de legitimidade que, de alguma forma, deverão ser feitas sempre que surgir oportunidade e a conveniência de explicitá-las.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1982, p. 19.

²²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 8.

Disto resulta que a legitimidade seria o amálgama subjacente a toda atuação governamental e que condiciona a atuação estatal ao atingimento do interesse público, seja aquele já positivado em norma jurídica, seja como norteador do conteúdo do ato discricionário.

Neste ponto, interessa observar a doutrina de Diogo de Figueiredo²²⁴ ao afirmar a possibilidade de um controle indireto de legitimidade dos atos administrativos que se dá através de um controle direto de finalidade, a qual, por sua vez, é sempre vinculada. Diante dessa perspectiva, e ciente dos fundamentos que serão necessariamente lançados no ato jurisdicional editado para dar a melhor solução ao caso, é possível, em tese, quando se verificar que a finalidade da norma não foi efetivamente concretizada pela decisão judicial, haver a sua impugnação pela não observância da finalidade.

Por conseguinte, a legitimidade, seja através de seu conceito procedimental, seja através de sua constatação como corolário do Estado Democrático de Direito, deve estar presente na tomada de decisões estatais, não sendo diferente no processo judicial.

5.4 A LEGITIMIDADE E A VERDADE

Até que ponto a verdade gera legitimidade?

Neste ponto, é oportuno questionar se a decisão judicial incorpora a verdade e se é esta a função final do processo judicial, qual seja, produzir a verdade. E, além disso, se essa verdade produz automaticamente a uma decisão legítima.

²²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p.20.

Sobre essa questão, Niklas Luhmann²²⁵ afirma que um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão a todos os problemas, não pode simultaneamente garantir a justiça e legitimidade da decisão. E mais, sob essa perspectiva, se o procedimento não pode resolver tudo de forma justa, é de se questionar se a verdade é objetivo do procedimento.

Diante desse dilema, verdade x justiça, surgiram diversas manobras de desvio como a utilização do princípio da maioria, o afastamento do âmbito da decisão de assuntos que implicam em verdade absoluta (crenças religiosas), ou ainda, a utilização de verdades relativas, gerando o eterno colóquio. Há, ainda, a possibilidade de manejo de uma artimanha jurídica pela qual o procedimento não justificaria a decisão, mas fundamenta uma presunção de exatidão do seu conteúdo.

Por outro lado, deve-se reconhecer que é intuitivo o fato de que junto da verdade nenhum problema de reconhecimento pode subsistir, da mesma forma que ao lado da justiça nenhum problema de legitimidade pode existir.

Então, fixa-se que a verdade é importante para o procedimento jurídico, apesar da dificuldade de sua exatidão diante de um sistema que pretende resolver todos os problemas.

Gadamer entende que o problema entre legitimidade e verdade deve ser resolvido através do discurso, antevendo-se os pressupostos motivadores de cada interpelação e resposta formadora do diálogo, pois a verdade está no consenso, especialmente por se reconhecer que nas ciências do espírito, como o direito, o critério da verificabilidade não é adequado.

²²⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real, Brasília : UnB, 1980, p. 24.

Com isso, pode-se dizer que, no processo, as partes devem ser convidadas a resolver as questões incidentes e relevantes para o deslinde da causa, pois, a cada concordância mútua, sobe-se mais um degrau conjunto na formação de uma decisão legítima e definitiva.

Gadamer questiona, ainda, que não é possível progredir no conhecimento sem abrir mão ou contestar as verdades postas, devendo-se, por outro ponto, perceber que estamos sempre presos aos limites de nossa situação hermenêutica, gerando-se, nessa constatação fundamental, avanço e retrocesso.

Outro pressuposto relevante é o fato de que a linguagem tem sua própria historicidade de modo que cada um tem sua própria linguagem, o que, no entanto, não impede o entendimento, e esse entendimento e o alcance da verdade, por isso, somente podem ser obtidos com interpelação e com resposta.

Enfim, a verdade é alcançada pelo consenso sobre a coisa, e esse acordo quanto à coisa é alcançado através da hermenêutica que cumpre a função de suprir a falta de acordo ou restabelecer o consenso quanto perturbado.²²⁶

Com isso, a verdade gera a legitimidade, mas a verdade deve ser caracterizada não como postulado absoluto, mas sim como resultado do consenso.

Colocado o problema da forma acima, necessária a verificação da relação entre legitimidade e justiça para a aplicação do direito.

5.5 LEGITIMIDADE E JUSTIÇA

²²⁶ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini. Petrópolis : Vozes, 2002, p.73.

Como visto anteriormente, nenhum problema de legitimidade subsiste ao lado da justiça. Essa assertiva respalda a conclusão de que a hermenêutica jurídica democrática surge como fato determinante para o alcance da legitimidade, pois que permite a concordância e o acordo sobre aquela verdade construída no processo através da decisão judicial elaborada participativamente.

Por corolário, surge que a hermenêutica jurídica democrática e participativa produz decisões justas, cuja legitimidade é inerente.

No entanto, essa constatação reclama uma verificabilidade prática, cujo alcance deve ser obtido com a invocação de uma racionalidade explicativa da decisão judicial, capaz de abrir os motivos e razões que levaram ao seu convencimento.

Dessa forma, a racionalidade e, portanto, a legitimidade do discurso normativo, para Habermas, advém de adotar o melhor argumento, cuja origem é fruto de interação social, ou seja, os mais diversos argumentos devem ter oportunidade de chegar ao agente com poder decisório, submetendo-se à influência e à crítica do público.

Assim, justiça e democracia surgem como conceitos procedimentais que exigem determinados procedimentos discursivos para a sua observação.

Neste prisma, Pedro Leonardo Caymmi²²⁷ foca suas preocupações sobre a fundamentação das decisões, afirmando que a motivação da decisão apresenta-se como ponto relevante nesta concepção de racionalidade legitimadora do discurso jurídico, já que, somente a partir do discurso em que se expressa a fundamentação, pode-se aferir esta racionalidade e, mais, possibilita-se o exercício do controle discursivo da decisão.

²²⁷ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.17, ago, 126, 2004.

Embora Luhmann²²⁸ não desconheça o sentido ético da noção de justiça e se dê conta, também, do processo de juridificação de normas morais, seu intento é emancipar a noção de justiça de qualquer espécie de teorização prévia produzida no âmbito moral, atribuindo-lhe lugar teórico específico. É o que se procura atingir com o conceito de “fórmula de contingência”, segundo o qual a justiça se mantém na fronteira de determinabilidade e da indeterminabilidade das decisões, tendo a função de legitimar a decisão selecionada sem que isso implique a deslegitimação de outras opções possíveis.

Sob essa perspectiva, a condução do processo judicial para a produção de uma decisão construída pelas partes no processo, ao tempo em que atende os anseios de legitimidade inerentes a uma sociedade pluralista e democrática, produz, por igual e em consequência, uma decisão justa.

É importante observar que a legitimidade e a justiça não são conceitos fechados e determináveis previamente, capazes de garantir uma segurança jurídica absoluta. Pelo contrário, devem ser definidos caso a caso, observando-se, ao menos, condições de procedibilidade que terão maiores condições de conduzir a uma decisão legítima e justa.

Não há, portanto, um método certo e direto para se garantir a segurança ao discurso jurídico de modo absoluto, assegurando-se a justiça e a legitimidade de sua decisão. Contudo, o exercício hermenêutico que se pretenda adequado ao Estado Democrático de Direito deve ter por escopo sempre a legitimidade e a justiça de suas decisões, o que demonstra a intrínseca relação entre esses conceitos e a necessidade de garantir um mínimo de demonstração de sua presença nas decisões judiciais.

²²⁸ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Trad. Peter Naumann, In **AJURIS**, Porto Alegre, v.17, n.49, jul., 1990, p.161.

5.5.1 Princípio ou Valor da Justiça?

Pois bem, parece relevante nos inserirmos na própria atuação julgadora para entender sua liberdade de ação e, assim, visualizar os mecanismos de controle da atuação judicial - em face da fluidez dos termos jurídicos e da casuística jurisdicional -, com vistas na produção da justiça.

Para tanto, insta compreender a funcionalidade dos princípios para a busca das soluções concretas e particulares, apesar de suas peculiaridades.

Ora, a problemática dos princípios se coloca em face da constante presença de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, ou mesmo pela, não rara, existência de conflitos de princípios na aplicação de normas, o que torna necessário entender a abordagem da atividade judicial nestes casos, inclusive com ênfase no alcance do valor justiça.

Em prelúdio à análise da justiça, cumpre tecer úteis considerações quanto à distinção entre princípio, norma e regra, identificando-se as correlatas conseqüências para a compreensão da justiça.

A problemática da coexistência e distinção entre norma, princípio e regra remonta a duas correntes doutrinárias que são denominadas pela doutrina em concepção forte e concepção débil dos princípios.

Nos termos da concepção forte dos princípios, parte-se do ponto de vista que entre os princípios e regras há uma distinção lógica e qualitativa. Já para a concepção débil não existe uma distinção clara entre princípios e regras, visto que, se os princípios possuem certa característica de generalidade e fundamentalidade do sistema, não

possuem, por outro lado, um caráter de segurança absoluta para o direito, já que apesar de serem instrumentos hermenêuticos valiosos, não eliminam, por completo, a discricionariedade do aplicador e intérprete da lei.

A concepção moderna predominante dirige-se à concepção forte dos princípios surgindo, assim, múltiplos argumentos para sintetizar as distinções entre princípios e regras como espécies do gênero norma jurídica.

Dentre os fundamentos da distinção surge, inicialmente, de acordo com a doutrina de Ronald Dworkin, a idéia sobre o peso ou importância dos princípios.

Segundo esse fundamento de distinção, o diferencial entre princípio e regra residiria em um caráter lógico, visto que os princípios não expressam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente ao acontecimento das condições previstas. Ao contrário, as regras são aplicadas sob o pálio do tudo ou nada (*all-or-nothing*), ou seja, acontecidos os fatos previstos na regra, ou a regra é válida e deve-se aceitar as respostas e os efeitos dela decorrentes, ou a regra é inválida e não influi na decisão de aplicação do direito.²²⁹

Dworkin²³⁰ faz uma distinção entre *principles* e *policies*, sendo estes os *standards* que visam a alcançar objetivos que resultem em melhoria de vida para a coletividade, geralmente atinentes a aspectos econômicos, políticos ou sociais. Já o termo *principles* designa os paradigmas que devem ser observados, não porque conservem

²²⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 19. ed. Cambridge : Harvard University Press, 2002, p. 24. “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”

²³⁰ Ibid., p.22. “I call a “policy” that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally for improvement in economic, political or social feature of the community.”(...) “I call “principle” a standard that is to be observed not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”

situações de aspectos econômicos, políticos ou sociais, mas, sobretudo, por se tratar de exigência de justiça, equidade ou moral.

Outra diferença lógica pontuada por Dworkin²³¹ refere-se ao peso ou importância dos princípios em relação às regras, isto porquanto, no caso de conflitos entre regras, somente será aplicada uma delas, sendo esta válida e a outra inválida, utilizando-se, para tanto, dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, ao passo que no conflito entre princípios, busca-se sempre a forma de prevalecer um determinado princípio em função das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, o princípio deve ser, em certo momento, colocado acima da prática para mostrar o melhor caminho para o futuro, mantendo a boa-fé com relação ao passado, de modo que Dworkin²³² defende que a atitude do direito é construtiva em seu espírito interpretativo.

Outro critério de distinção, desta feita abordado pelo filósofo germânico Robert Alexy,²³³ entende que, atrelando-se à concepção forte dos princípios, existe, além de uma distinção gradual, uma desigualdade qualitativa.

Para esse autor, os princípios seriam mandados de otimização ou “*mandatos de optimización*”, que, ao contrário das regras, podem considerar, na sua efetivação e aplicação, as possibilidades fáticas e jurídicas, observando-se as condições reais sobre as quais deve ser aplicado o direito, adotando, assim a proporcionalidade e razoabilidade.

²³¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 19. ed. Cambridge : Harvard University Press, 2002, p. 26. “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each..”

²³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 492.

²³³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.111-112.

Em contrapartida, as regras estariam sujeitas à lógica do tudo ou nada, contendo uma ordem peremptória que incidirá independente da adaptabilidade às circunstâncias do caso.

É pertinente referir que o citado autor observa que a desigualdade entre princípios e regras visualiza-se, ainda, quando da análise de conflitos, pois que, enquanto no conflito de regras todo labor do aplicador do direito restringir-se-á à seara da validez; na colisão de princípio o estudo direcionar-se-á à dimensão do peso, ou seja, neste caso, a solução do conflito cingir-se-á a prevalecer, de acordo com os fatos, um princípio sobre o outro, sem que o preterido seja declarado inválido. O que ocorre é que para o caso em destaque, o princípio que melhor trouxe a solução ao caso foi o princípio que prevaleceu, podendo, sob outras circunstâncias, certamente, acontecer o inverso.²³⁴

Deduz-se do trabalho elaborado pelo insigne estudioso que os princípios estão em íntima conexão com a máxima da proporcionalidade, posto que:

“os princípios sendo mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, implicariam a “máxima da proporcionalidade” com suas três máximas parciais de conformidade ou da adequação dos meios – *Geeignetheit*, da exigibilidade ou da necessidade – *Erforderlichkeit* (requisito do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito – *Verhältnismässigkeit*: as máximas da adequação e da necessidade são deduzidas do caráter dos princípios como mandados de otimização referente às possibilidades fáticas; a máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou mandado de ponderação refere-se às possibilidades jurídicas de realização dos princípios.”²³⁵

É a chamada lei da ponderação.

Interessa, por sua vez, invocar o critério distintivo entre princípios e regras que pondera os princípios como juízos de concorrência. De acordo com esse critério, as

²³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87-89. “Cuando principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”.

²³⁵ *Ibid.*, p. 112.

regras se distinguiriam dos princípios no momento de sua interpretação-aplicação, posto que, neste momento, as regras se fundariam numa relação de subsunção da situação fática à previsão normativa daquela situação, enquanto que os princípios não se contentariam com esse silogismo prático.

Merece temperamento essa colocação, pois como visto em passagem anterior, a atividade interpretativa do direito não é meramente subsuntiva, mas sim criativa e construtiva.

Letizia Gianformaggio²³⁶ afirma que os princípios jamais seriam incompatíveis entre si, mas são sempre concorrentes, de modo que aplicar um deles seria, ao mesmo tempo, aplicar vários princípios com ele concorrentes, no sentido de alcançar o mínimo de restrição entre os princípios concorrentes.

Vale observar, ainda, a lição de Josef Esser²³⁷ donde se extrai o ensinamento de que um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, pois que não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões, mas sim requer a atuação judicial ou legislativa. Segundo o mesmo autor, os princípios se diferenciariam das normas de direito, posto que aqueles são conteúdo em oposição à forma.

Disso resulta que, segundo o entendimento desse estudioso, princípios não seriam espécies de norma jurídica, mas sim um mandamento autêntico e independente, ao

²³⁶“Vediamo: applicare un principio è diverso dall'applicare una regola in quanto l'applicazione di un principio comporta purê sempre l'applicazione di un altro principio Che si assume con quello concorrente e rilevante nella situazione specifica (...)” GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra Applicazione di Regole ed Argomentazione Basata su Principi*. In *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, Milano: Giuffrè Editore, v.62, n.1, gen./mar., 1985, p.91-93.

²³⁷ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1976, p. 65.

passo que se verifica sua distinção no conteúdo em oposição à forma vinculada às normas jurídicas, o silogismo.

Quanto à distinção entre princípios e normas, Esser invoca a concepção continental, segundo a qual o princípio não é em si mesmo uma instrução, mas causa, critério e justificação do preceito. Seria a *ratio legis*.

A distinção entre princípio e valor, por sua vez, faz invocar a teoria dos conceitos práticos de Von Wright²³⁸ que os divide em conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos através da qual se concebe como conceitos deontológicos os mandados de proibição, permissão e o direito a algo. Os conceitos axiológicos estariam caracterizados pelo fato de que seu mandato está vinculado ao conceito de “bom”, que, a depender da variedade de critérios, pode ser catalogado como belo, valente, seguro, econômico, democrático, social, liberal, etc. Já os conceitos antropológicos são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

Sendo assim, partindo-se da exposição acima, Alexy²³⁹ conclui que os princípios são mandados de um determinado tipo, qual seja, mandado de otimização, pertencendo ao âmbito deontológico. Por outro lado, os valores têm que ser incluídos no nível axiológico. No entanto, não esconde as similitudes entre os conceitos de princípio e valor, tanto que afirma que ambos os conceitos estão estreitamente vinculados, de tal maneira que se pode falar de colisão de princípios e sua ponderação, também pode-se falar de colisão de valores e sua ponderação. Além disso, o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores.

²³⁸ WRIGHT, G.H.v. apud ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 139.

²³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.138.

Sob esse critério, conclui-se que aquilo que, no modelo dos valores, é *prima facie* o melhor, é no modelo dos princípios, *prima facie*, devido e o que, no modelo dos valores, é definitivamente melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Esse caráter *prima facie* dos princípios decorre justamente da flexibilidade da sua aplicação a casos concretos, os princípios são cumpridos em graus. Podem inclusive ser desprezados em benefício de outro a depender das circunstâncias jurídicas de cada caso. Não são juízos definitivos, tudo ou nada, mas sim *prima facie*.

A presente abordagem sobre os princípios e sua distinção em relação às regras torna-se relevante para o estudo de hermenêutica jurídica democrática como vetor de legitimação das decisões judiciais, uma vez que, na abertura cognitiva necessária à produção de decisões adequadas, os princípios desempenham papel fundamental na atuação judicial de fundamentar a melhor solução para o caso posto, sobretudo em situações de franca conflituosidade.

5.5.2 Razoabilidade e Justiça

Ainda sobre o prisma da aplicação da justiça, é necessária a referência à razoabilidade, uma vez que o justo somente pode ser aferível de modo contextualizado e para o caso concreto.

Nestes termos, o problema da justiça, segundo Miguel Reale²⁴⁰ implica afirmar que o reconhecimento de que há um justo em si, intemporal não exclui a

²⁴⁰ REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed., *fac simile* da 2.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 189.

necessidade de uma decisão sobre o que deve ser obedecido como justo em um caso particular, no plano da ordem positiva, isto é, sobre o jurídico.

Essa constatação de Reale invoca e faz perceber que a fluidez do conceito de Justiça como valor e princípio cuja sua exata dimensão será identificada quando da análise do caso concreto, ponderando-se as circunstâncias fáticas do caso e os valores em colisão, de modo que, invocando-se as normas de ponderação, chegue-se à melhor e mais justa solução para o caso, dentre as inúmeras possibilidades possíveis.

Dentro dessa perspectiva é que surge o imprescindível papel da razoabilidade como dínamo da Justiça. A razoabilidade e sua proporcionalidade surgem como o instrumento dosador da justiça no caso concreto, no aspecto material da atuação do juiz, ou seja, na substanciação e motivação de sua decisão.

Com efeito, a justiça deverá ser identificada no caso concreto, invocando-se, sempre a discricionariedade do agente jurídico.

Diante dessa realidade, surge o princípio da razoabilidade como mecanismo controlador dessa discricionariedade, e por corolário, da própria definição de justiça no caso concreto.

Tanto que Luiz Roberto Barroso, ao analisar o conteúdo jurídico do princípio da razoabilidade, de forma categórica evidencia que se trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todos ordenamentos jurídicos: a justiça.

E, percebendo a dificuldade conceitual e de precisar a exata medida da justiça, leciona o constitucionalista:

“Mais fácil de ser sentido do que conceituado o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o

que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”²⁴¹

Desde Aristóteles,²⁴² e sua teoria da justiça, usa-se a palavra justiça como expressiva da virtude total e perfeita, que se traduz em uma medida da proporcionalidade dos atos, representando um meio equidistante entre o excesso e o defeito.

Recasens Siches²⁴³ já evidenciava que a idéia de justiça está atrelada à harmonia, à igualdade proporcional nas relações de troca e nos processos de distribuição de bens.

Destarte, embora a justiça tenha um conteúdo axiológico fluido, transcendental e, até certo ponto, etéreo, não é esta, contudo, a sua vocação, posto que deve sempre estar presente no labor interpretativo do agente jurídico, seja legislador, juiz ou agente administrativo, de modo que sua concretização seja verificada no caso concreto de acordo com os critérios da razoabilidade, ou seja, da lei da ponderação.

Desse modo, através da lei da ponderação será alcançada a justiça.

Neste sentido, Alfred Verdross afirma que os valores pressupõem a presença de uma pessoa valorante e de um objeto valorável que será, de acordo com as circunstâncias, qualificado positiva ou negativamente pelo sujeito valorante.

Essa concretização, contudo, não impede uma validade supraindividual da justiça, haja vista a semelhança da maneira de ser dos homens, que fazem surgir certas

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 155.

²⁴² ARISTÓTELES apud SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México : Editora Porrúa, 1975, p. 480.

²⁴³ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México : Editora Porrúa, 1975, p. 481.

maneiras comuns do valorar humano, criadoras, por sua vez, de uma validade supraindividual de determinados valores, assim como a justiça.²⁴⁴

De realçar que essa análise empreendida pelo aplicador do direito, inserida em sua discricionariedade, passa, também, a ser controlada por essa idéia universal, que, jamais, poderá ser diretamente ultrajada.

Segundo a corrente da Jurisprudência Sociológica citada por Siches²⁴⁵, o objetivo do direito é a justiça e o bem estar, de modo que, nenhuma norma que tenha seu resultado prático apartado dessa finalidade, pode justificar sua existência, o que não implica em dizer que o juiz não deve obediência ao direito positivo.

O que se defende através dessa corrente sociológica é que o juiz, quando tiver que decidir até que ponto as normas existentes devem ser interpretadas restritiva ou extensivamente, deve inspirar-se pelas idéias de justiça e bem estar social, que seriam os métodos de explicitação da direção e alcance da norma.

Clemerson Cléve²⁴⁶ invoca, inclusive, a opção constitucional brasileira que elegeu o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, o qual é, mais do que um Estado de Direito, um Estado de Justiça, de modo que a justiça da decisão é a justiça deduzida de um texto constitucional. Assim, chega a admitir, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato por injusta, uma vez que ofensiva aos *standards* definidos pelo constituinte, sendo, portanto, inconstitucional, cabendo ao juiz negar-lhe aplicação.

²⁴⁴ VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Trad. Mario de la Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos/Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, p. 310-311.

²⁴⁵ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México : Editora Porrúa, 1975, p. 637.

²⁴⁶ CLÉVE, Clemerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n.117, jan/mar, p.301, 1993.

Essa exposição está entranhada da percepção básica, mas essencial, de que o direito é um fenômeno social, é um instrumento para a vida social em vista de realizar fins humanos, cuja tarefa de reconhecer, delimitar e proteger os interesses reconhecidos está em constante renovação.

Eugen Ehrlich,²⁴⁷ atento a essa evidência, preconiza que o juiz ao aplicar o direito se preocupa com uma série de normas de decisão que se ligam a outras normas de decisão que são dadas pela ordem interna das relações sociais, mas estas normas não são conhecidas da jurisprudência de forma direta e consciente. Segundo o autor:

“normas de decisão, como todas as normas sociais, é uma regra de agir, mas destinada especificamente aos Tribunais; ela é em primeiro lugar, não uma regra para as pessoas que agem no mundo, mas para as pessoas que as julgam.. Na medida em que a norma de decisão é uma norma jurídica, aparece como norma jurídica do tipo especial, diferente das normas jurídicas que detêm regras gerais de agir.”

As normas das relações sociais inserem-se no conhecimento do juiz, em sua atividade jurisdicional, de forma inconsciente, através do conhecimento direto das relações sociais.

Informa Ehrlich²⁴⁸ que, quanto mais a jurisprudência se desenvolve, tanto maior se transforma sua abrangência, tanto mais ela se aprofunda, tanto mais ela se preocupa não só com as normas de decisão mais aparentes, mas, também, com essas normas pressupõem, para aproveitá-las na administração da justiça.

Jerome Frank²⁴⁹ citado por Siches, reconhece que a atividade lógico-formal de aplicar o direito consiste em aplicar a norma a fatos determinados e que essa atividade tem sua relevância para mostrar as relações entre as formas. Contudo, o problema da

²⁴⁷ EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. René Eernani Gertz. Brasília : UnB, 1986, p. 98.

²⁴⁸ Ibid., p. 208.

²⁴⁹ FRANK, Jerome apud SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. 5. ed. México : Editora Porrúa, 1975, p. 640-641.

decisão judicial está muito além da lógica formal, pois a decisão judicial pressupõe, sobretudo, a eleição de premissas. E, nessa eleição de premissas, é que a lógica formal se apresenta insuficiente, pois não contém pontos de vista valorativos, nem estimação sobre a correção dos fins, nem sobre a congruência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação a um determinado fim. A mera invocação de normas gerais para a formação da conclusão judicial é apenas um dos ingredientes que intervém na elaboração do direito efetivo, sendo a personalidade do juiz um fato central que vai gerar o direito efetivo, ainda que observando normas gerais pré-existentes.

Segundo Siches, a interpretação das normas gerais em face de um caso concreto, envolve razões diferentes do racional do tipo matemático, a exemplo do campo do razoável²⁵⁰, que vem expressar o âmbito e a índole do que ele define como o *logos do humano*. É a lógica do humano e não a lógica do racional. Esse tipo de abordagem jurídica apresenta uma conexão entre a norma do direito positivo e as situações que originaram o dispositivo legal, além do vínculo com as situações para as quais as normas foram destinadas. Disso resulta que a validade das normas jurídico-positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional no qual se produziu e para o qual se produziu.

Desse modo, não se pode conceber os preceitos jurídico-positivos como princípios ideais de validade absoluta, posto que, contextualizados, é resultado de um produto humano.

²⁵⁰ Siches localiza o campo do razoável como um outro campo da razão diverso do racional.

Assevera Siches que a equidade é justamente a forma ordinária de aplicação das leis, ou melhor, é a forma correta de aplicação da norma jurídica. É a maneira correta de entendê-la.

Nessa abordagem sociológica, é válido referir que a aplicação do direito positivo legislado segundo a avaliação dos seus fins (concepção teleológica), estaria condicionada pelo conjunto de fatores vitais representados pelos interesses, valores, usos sociais, ou como se quiser chamar, a realidade diversificada no interior da qual o direito é produzido e aplicado.

Entretanto, essas manifestações, denominadas ou autodenominadas sociológicas, não chegaram a problematizar a teoria do direito, não se insurgiram propriamente contra a teoria jurídica dominante, apenas propuseram bases novas para se pensar a função da hermenêutica jurídica na sociedade crescentemente conflituosa e contraditória.

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca ressalta um aspecto digno de nota, qual seja o caráter crítico – adjetivo quase lugar-comum no entender de Luciano Oliveira – , que, no seu entender, tem que presidir a formulação e os objetivos da atuação jurisdicional, de modo que o direito seja um instrumento de justiça. Nesse ponto, acrescenta a socióloga:

“estou de pleno acordo com o entendimento de Sociologia Jurídica como abordagem que viabiliza essa crítica e com a intenção de fazer do direito “um instrumento da justiça”. Afinal, se o direito não servir como veículo da justiça, para que servirá? Não só no Brasil essa deve a meta prioritária da aplicação do direito, como em qualquer outro lugar. Não apenas da justiça aplicada pelo Judiciário, mas da justiça obtida

via procedimentos não-judiciais de solução de conflitos, potencialmente mais eficaz e satisfatória, e menos onerosa.”²⁵¹

Destarte, pode-se identificar que a equidade apresenta-se como mecanismo de concretização da justiça, adaptando o frio e árido texto legal ao contexto fático sobre o qual deve-se debruçar o aplicador do direito na realização do direito ao caso concreto.

Ou seja, a equidade é a justiça autêntica, ou seja, a efetiva pacificação social sentida na realidade dos homens.

De certo modo, Karl Larenz aproxima-se desse posicionamento na medida em que considera que o contexto significativo da norma exprime a concordância material das disposições dentro do sistema normativo a que pertence, ao passo que entende a globalidade jurídica como sendo submetida à exigência obrigatória da justiça, de modo que a resolução justa do caso concreto será desempenhada pelo juiz atendendo aos interesses legítimos de ambas as partes, estabelecendo uma ponderação equilibrada.

Pondera que a equidade é necessária para forçar o julgador na busca do caminho que atinja, da melhor forma, o ideal da justiça, sendo certo que o juiz não deve julgar simplesmente com base em suas convicções pessoais. Não pode o juiz manipular a lei em nome da justiça, visto que, em caso de conflito, o juiz deve fidelidade à lei, permitindo-se, somente em último caso, guiar-se pelas suas convicções, sob pena de quebrar a certeza e cientificidade do direito.²⁵²

Acresce Larenz que, ademais disso, a compreensão do significado da lei no caso concreto somente pode se dar plenamente através da conexão com critérios

²⁵¹ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Ligações melindrosas: uma reflexão a respeito da sociologia aplicada ao direito. In: JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. (Orgs.). **Ou isso ou aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de direito**. Rio de Janeiro : IDES/Letra Capital, 2002.

²⁵² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 494.

teleológicos. Para ele, a conexão de significado da lei e, também, a sistemática conceitual que lhe é subjacente só é compreensível quando se tomam também, em consideração os fins da regulação.²⁵³

²⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 463.

Capítulo 6

A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO VETORES DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A inserção do devido processo legal, no bojo das preocupações expostas neste estudo, surge como consectário necessário das razões materiais desenvolvidas nos tópicos anteriores.

É que a necessidade de construção de um processo democrático, cuja ênfase é dada à plena participação das partes, invoca, necessariamente, a incursão no devido processo legal, seja na sua acepção formal ou *procedural*, seja material ou *substantive*.

O devido processo legal em um Estado de Direito como o brasileiro, no dizer de Rogério Lauria Tucci,²⁵⁴ consiste em três postulados básicos: a) a elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo desdobramento da concepção norte-americana); b) aplicação judicial das normas jurídicas através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo judicial, e; c) asseguramento, no processo judicial, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Para Iñaki Esparza Leibar,²⁵⁵ o que se busca, verdadeiramente, não é uma igualdade de armas, mas sim uma igualdade de oportunidades no sentido de um equilíbrio do direito de ambas as partes, na medida das diferentes necessidades que, para cada rol

²⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 18-19.

²⁵⁵ LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del proceso debido*. Barcelona : Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 138.

processual, devem ser satisfeitas. Isto garantiria igualmente um *fair trial*, superando uma consideração da igualdade de armas como absoluta.

No entanto, como se verá, a mera garantia de iguais oportunidades não atinge de forma plena o desiderato de um processo judicial em que se exerce uma hermenêutica democrática, uma vez que para esse alcance, não raras vezes, deve ser imposto ao juiz e às partes a real e efetiva atuação para a busca da verdade real, inclusive com uma atuação pró-ativa do magistrado colaborando com as partes, sem prejuízo da imparcialidade.

Destrinchando esses postulados, calha distinguir o devido processo legal em suas acepções formal e material. Afigura-se assente na doutrina que a noção do devido processo legal processual ou formal coincide com a garantia da forma como a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados, verificando-se, assim, o procedimento utilizado por quem tem incumbência de aplicar a norma, não se atendo ao conteúdo material do ato.²⁵⁶

Na acepção do direito norte-americano, o devido processo legal formal trata do procedimento regular, a forma pela qual o Estado poderá atuar sobre a vida, a liberdade e o patrimônio alheios, nos moldes, portanto, de um direito negativo que pretende controlar a atuação estatal.²⁵⁷

²⁵⁶ MOURA, Elizabeth Maria. **O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o estado democrático de direito**. São Paulo : Celso Bastos, 2000, p. 69.

²⁵⁷ Ibid., p. 125. Esse caráter negativo do devido processo legal formal é bem expresso através da leitura da V Emenda à Constituição Norte-Americana quando afirma que “**No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on a presentment of indictment of a Grand Jury, except in casos afloat in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger, nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be in any criminal case to be a witness against himself; nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.**” Ou seja, nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (trecho em negrito).

Com efeito, sob essa acepção são reconhecidas garantias que visam a assegurar um processo regular e justo.²⁵⁸

Neste sentido, pode-se observar que o devido processo legal formal congloba uma série de garantias que, em conjunto e efetivadas no processo, têm a aptidão de aproximar a prestação jurisdicional da necessária legitimidade democrática, quais sejam: a) acesso à justiça; b) juiz natural ou pré-constituído; c) tratamento paritário dos sujeitos parciais no processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais; e f) prestação jurisdicional dentro de lapso temporal razoável.²⁵⁹

John Orth²⁶⁰ recorda que, em 1970, a Suprema Corte Norte-Americana foi demandada para regular o que um Estado tem que fazer antes que possa cortar benefícios sociais de indigentes. A Corte pronunciou que o devido processo requer a audiência do interessado. E a Corte pronunciou exatamente o que isso significa: 1) adequada notificação; 2) uma oportunidade para ser ouvido; 3) o direito a uma evidência presente; 4) confrontação de testemunhas opostas; 5) direito de perguntar às testemunhas; 6) revelação de todas as evidências adversas; 7) o direito a um advogado, se for desejado; 8) uma decisão baseada unicamente nas evidências produzidas na audiência; 9) um relato das razões para a decisão e; 10) um imparcial produtor de decisão.

Dessa fala, denota-se uma proximidade com as lições de Luhmann, Habermas e Häberle sobre o procedimento necessário para a legitimidade e democratização do processo e das decisões dele emanadas, visto que exsurge um dever

²⁵⁸ Cf., MOURA, Elizabeth Maria. **O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o estado democrático de direito**. São Paulo : Celso Bastos, 2000, p. 426.

²⁵⁹ TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

²⁶⁰ ORTH, John V. **Due process of law**. University Press of Kansas, 2003, p. 88.

do Estado de uma adequada notificação que corresponde à publicidade do processo para permitir o conhecimento por parte dos interessados, além disso deve ser dada ampla oportunidade de que as alegações dos interessados sejam ouvidas e possam influir na decisão final. É garantido, por seu turno, a dialética produção de provas com direito a perguntar e reperguntar, sendo certo que os pontos controvertidos devem ser explicitados durante o processo para que as partes possam colaborar de forma útil e eficaz para a melhor decisão para o caso. Surge, ainda, a necessidade de uma defesa técnica, através de advogado, se desejado. Agregue-se, também, o dever de imparcialidade do juiz e de motivação/fundamentação das decisões judiciais que deverá ser baseada nos elementos e argumentos racionais conduzidos ao processo, sob pena de se tornar uma decisão ilegítima e arbitrária.

Segue-se disso que a obediência ao devido processo legal processual gera um procedimento capaz de assegurar que todas essas garantias sejam efetivadas, proporcionando um dos pilares para a obtenção de um ótimo nível de legitimidade das decisões, através de um processo democrático, como sói acontecer em um Estado Democrático e de Direito.

Esta passagem enfoca, de modo definitivo, que o devido processo legal processual comporta, com especial importância, a necessidade da participação dos interessados na formação de uma decisão judicial. Trata-se de participação efetiva e em igualdade de condições, concedendo-se inclusive uma defesa técnica através de advogado se necessário e desejado.

Marcelo Campos Galuppo, invocando a teoria discursiva do direito de Habermas, afirma que o sentido da norma só pode ser fixado em um discurso de aplicação em que os envolvidos por ela, através de uma discussão de seus limites, ou seja,

das pretensões de validade concretamente envolvidas no caso concreto, percebam-se não apenas como destinatários, mas, também, como autores que podem concordar racionalmente com a aplicação da sanção, inclusive contra si mesmos. Sendo assim, somente os envolvidos podem indicar corretamente o sentido de uma determinada norma em um caso concreto, dizendo, ao fim, se ela é ou não adequada àquela situação.

Pois, em um processo, a intervenção das partes através do contraditório, em igualdade de condições, para a elaboração do provimento final, faz das partes tão autores da sentença quanto o juiz, donde resulta que o sentido da norma e a definição de qual norma regula determinado caso só se revela plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação.

Neste sentido, conclui o jurista que ao povo, e não ao Supremo Tribunal Federal, é que compete a guarda última da Constituição, como intérprete da constituição.

Maria Rosynete Oliveira Lima, em sua obra dedicada ao tema, bem aborda a intersecção entre a obediência ao devido processo legal e a conseqüente imposição de que o processo judicial permita ampla participação das partes, como meio capaz de garantir legitimidade e justiça às decisões judiciais. Oliveira Lima afirma que a garantia do devido processo legal serve de canal para que os valores e interesses não protegidos pelo legislador possam penetrar no sistema jurídico, sendo que, ao fazê-lo, o juiz deve ter presente a sua tarefa de garantidor da necessária e dúctil coexistência entre lei, direito e justiça.

Sendo assim, a dimensão procedimental do princípio do devido processo legal, segundo Lima,²⁶¹ traduz-se em diversas garantias que permitem ou facilitam a

²⁶¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 236.

proteção e participação de grupos , mais ou menos, marginalizados do processo político. Ao mesmo tempo em que o controle da razoabilidade permite sindicat o conteúdo da norma, verificando-se se ela não atingiu indevidamente o núcleo dos direitos protegidos.

Em relação ao controle de razoabilidade das decisões judiciais, surge o denominado devido processo legal substantivo ou material que, em acréscimo ao aspecto processual desse princípio, incorpora, agora, uma atuação positiva que consiste no dever de produzir uma decisão justa calcada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, capaz de satisfazer e concretizar os objetivos constitucionais.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n. 1158-8/AM assentou que a essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Destarte, além de todas as garantias necessárias para que a decisão final do processo seja resultado das relevantes participações das partes e dos interessados, surge, ainda, o dever de que o conteúdo da decisão exprima uma providência adequada e necessária.

Cabe, neste momento, indagar se essa obrigação de agir com razoabilidade é imposta somente ao juiz, no momento de julgar, ou se estende a todos que participam do processo. Para esse questionamento surge como única resposta que essa imposição deve se estender às partes, sob pena de enfraquecer o grau de legitimidade da decisão final. Isto porquanto, se se admitir que as partes conduzam argumentos e proponham soluções desarrazoadas e desproporcionais, elas serão certamente afastadas na decisão judicial e implicará uma menor contribuição da parte para a decisão final, gerando uma

irresignação jurídica de grau elevado e, portanto, um menor compromisso da parte com o resultado atribuído ao processo.

De certo, contudo, que ao julgador será posta, com maior peso, a obediência ao aspecto substantivo do devido processo legal, visto que a ele caberá exercer a filtragem e declaração da decisão judicial, explicitando as razões e fundamentos relevantes.

Esta abordagem do devido processo legal representa fundamental importância para a hermenêutica jurídica democrática capaz de produzir decisões judiciais legítimas, pois colabora para a definição de elementos importantes à construção de um método cognitivo hábil a conferir legitimidade aos pronunciamentos judiciais.

6.1 COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA DAS PARTES EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

O processo judicial como instrumento vocacionado à resolução de litígios intersubjetivos sofre algumas influências dos mandamentos de um Estado Democrático de Direito, dentre as quais pode-se observar a necessária cooperação intersubjetiva das partes para a formação da decisão, repensando-se, inclusive, o papel do juiz neste teatro dialético.

Segundo Lebre de Freitas,²⁶² a ZPO alemã regula que o juiz deve nomeadamente solicitar os esclarecimentos ou complementos de alegações de fato ambíguas ou incompletas, promover a alegação de todos os fatos relevantes com interesse

²⁶² Lebre de Freitas apud GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Dialética, n. 6, p. 48, 2003.

para a causa, fixar, com as partes, o sentido dos conceitos de direito por elas utilizados (a fim de identificar divergências que possam levar à necessidade de alegar fatos que neles se subsumem pois que, não sendo controvertido um conceito de direito da linguagem vulgar que não constitua do *thema decidendum*, essa alegação poderá ser dispensada). Além disso, o juiz deve dar a conhecer às partes, e com elas discutir, as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no do direito a aplicar (prevenindo decisões-surpresa) e, excepcionalmente aconselhar as partes à alteração da causa de pedir ou do pedido (de modo a evitar a propositura de uma segunda ação).

Disto resulta que o juiz deve conduzir a causa com transparência, fixando precisamente quais os fatos e argumentos relevantes para a solução da causa, comunicando-se às partes para que elas façam afluir para o processo a maior quantidade de elementos capazes de conduzir o juízo a uma decisão legítima, ou seja, que tome por base os próprios elementos trazidos pelas partes.

Para tanto, surge o direito de perguntar das partes e o dever de esclarecer do juiz.

O direito processual português fixa o poder-dever ou dever funcional do Tribunal de colaborar com as partes, o que se desdobraria em quatro deveres essenciais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes.

O dever de esclarecimento consiste no dever do Tribunal de se esclarecer, junto às partes, quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de modo a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação, e não a verdade apurada. Trata-se de um dever recíproco do Tribunal perante as partes e destas

perante o Tribunal, inclusive com a prerrogativa do juízo de, em qualquer fase do processo, fazer-se ouvir pelas partes.

O dever de prevenção consiste em prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos. É o que ocorre, de certo modo, no caso do art.282 do CPC brasileiro que admite que, verificado que a inicial não preenche os requisitos legais, poderá o juiz determinar que a parte emende a inicial (art.284).

Dever de consultar as partes consiste no dever de o juiz instar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem, qual se vê na hipótese de fatos cujo conhecimento pelo juízo ocorreu de forma oficiosa. Essa medida evita as famigeradas decisões-surpresa que, embora não sejam vedadas no ordenamento pátrio, por certo dificultam e até impedem o alcance da legitimidade da decisão.

Enfim, o dever de auxiliar as partes consiste na colaboração do juiz para eliminar as dificuldades ao exercício dos direitos e das faculdades das partes ou, ainda, no cumprimento de ônus processuais. É o que se dá nas hipóteses de séria dificuldade na obtenção de documentos que tenham importante repercussão na solução da lide, de modo que a parte não venha a sofrer uma decisão contrária simplesmente pela falta de condições de esclarecer uma situação fática em vista da dificuldade de acesso a determinado documento.²⁶³

²⁶³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Dialética, n. 6, 2003, p. 50-58, 2003.

6.2 A SOBREALÊNCIA DAS PARTES NO PROCESSO JUDICIAL

É certo que doutrina processualista clássica é uníssona em afirmar a supremacia do juiz na relação processual, incumbindo-lhe a posição de dizer o direito no caso concreto.

Ademais, ao juiz sempre foi atribuída uma imparcialidade, o que, não raro, se confunde com uma passividade do juiz perante as agruras do processo.

Acontece que esse juiz impregnado de um formalismo jurídico, mais condizente ao Estado Liberal ou de Direito, deve evoluir para uma posição mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a atuação judiciária deve ser compartilhada entre os diversos agentes do processo, desde as partes, até o Ministério Público e os funcionários do Judiciário, além dos demais interessados que possam, pela pertinência temática, acrescentar informações úteis ao debate no processo.

Agregue-se a esse fato que o juiz está incumbido de uma função pública, atuando em lugar do Estado na distribuição do serviço público de prestação jurisdicional, e como serviço público o alvo é o atendimento dos reclamos da sociedade.

Essa constatação absorve maior poder de influência quando se percebe que estamos em um Estado que se denomina Democrático de Direito, donde deduz-se que todo poder emana do povo e para o povo.

Nesta perspectiva, as partes carentes de uma prestação jurisdicional, como representantes do povo e como agentes decisivos para a construção de uma decisão judicial que venha pôr termo ao conflito intersubjetivo, ganham uma importância especial no atual estágio do processo judicial democrático.

Dessa forma, às partes é que se deve atribuir o papel de sobrevalência; a elas é que o juiz deve se submeter, perceber suas carências e atingir, de modo certo, o búzilis da controvérsia, tangendo a atuação das partes para que elas apresentem os argumentos e provas mais contundentes para o deslinde daquele ponto especial.

Sobre essa constatação, José de Moura Rocha²⁶⁴ anota a existência de uma dependência do julgador às partes e, muito naturalmente, dos atos judiciais aos atos destas mesmas partes. Se por um lado, o Estado possui imenso interesse na resolução de controvérsias, por outro, possui imenso respeito à vontade das partes portadoras que são, também de interesses. Um ponto marcante dessa dependência percebe-se pela invocação dos princípios “*Nemo iudex sine actore*” e “*ne procedat iudex ex officio*”.

Não se abdica da imparcialidade que deve orientar a postura do magistrado, mas a imparcialidade deve conter um aspecto substancial, ela deve exalar da decisão adotada pelo juiz como melhor proposta para a solução do conflito. A imparcialidade não deve conduzir o juiz a uma passividade enquanto as partes agem desnorteadamente sem saber qual o elemento que o juiz adota como mais relevante para a solução do litígio. Esse silêncio do juiz culmina com uma decisão ilegítima e com a futura derrocada desse sistema jurídico ou dos juízes.

É preciso dar efetividade ao art. 1º. e seu parágrafo único da Constituição Brasileira.

De certo que no Estado de Direito a hegemonia do Poder Legislativo era patente em face da necessidade da edição de leis que viessem a por freios ao governante opressor, mas, no Estado Democrático de Direito, a hegemonia recai sobre o Poder

²⁶⁴ ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre processo civil**. Recife : Universidade Federal de Pernambuco, 1969, p. 86.

Judiciário como poder capaz de garantir efetividade aos direitos fundamentais. É preciso, no entanto, não confundir Poder Judiciário com o próprio Juiz. O Poder Judiciário, como tal, é mais um dos Poderes do Estado e se submete ao comando insculpido no art. 1º. da Constituição Federal e, portanto, também emana do povo e vive para o povo.

Neste sentido, é absolutamente impositivo que seja reconhecida a sobrevalência das partes no processo judicial, como razão hábil e colaboradora da construção de decisões judiciais democráticas e legítimas.

6.3 NECESSIDADE DE UMA FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO COROLÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como se viu, sob o aspecto material, a decisão judicial que se pretende legítima deve incorporar regras de ponderação, tendo por parâmetro e vinculação a concretização dos objetivos constitucionais. Já sob o aspecto formal, ela de ter sido produzida em decorrência de um processo estabelecido, com ampla participação dos interessado. Acontece que, além disso, surge como consectário natural do regime democrático, que as decisões sejam racionalmente fundamentadas, como forma de transmitir ao público as razões que levarão à escolha da melhor solução para o problema posto.

Até porque, essa necessidade de motivação surge, conforme percebe Alexy, em decorrência da constatação de que a atividade de ponderação de interesses para a eleição do melhor julgamento de um determinado caso posto tem sofrido severas críticas, uma vez que a ponderação não constituiria um método que permita em controle racional.

Ou seja, a simples ponderação apresenta pouca cientificidade, se não agregada a mecanismos de controle, entre eles a obrigatoriedade de uma fundamentação racional.

Desse modo, pela simples ponderação de valores e princípios, as decisões estariam sujeitas ao arbítrio de quem realiza a avaliação do caso, de modo que onde começasse a ponderação cessaria o controle através de métodos e normas, abrindo-se, assim, um amplo campo para o subjetivismo e decisionismo judiciais.

Contra esse modelo de decisão, Alexy propõe um modelo de fundamentação, de modo que o enunciado de preferência condicionada escolhido estaria sujeito a um processo racional de controle.

Daí surge o problema da possibilidade de uma fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores e princípios em colisão.

É de perceber, neste momento, que os enunciados de preferência condicionada na verdade geram regras, visto que, quando as condições previstas no enunciado acontecem, surge a consequência jurídica do princípio que goza de precedência. Nesta medida, a fundamentação de enunciados de preferência tem o caráter de fundamentação de regras relativamente concretas que devem estar adstritas às disposições jusfundamentais.²⁶⁵

Assim, Alexy²⁶⁶ afirma que, para a fundamentação do enunciado de preferência condicionada, pode-se fazer referência à vontade do legislador constitucional, às consequências negativas de uma determinação, aos consensos dogmáticos e a decisões anteriores. Mas o que distinguiria uma fundamentação especificamente voltada para os

²⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 159.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.161. “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*” É a chamada Lei da Ponderação de Alexy.

enunciados em questão seria uma regra constitutiva de ponderação fixada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão segunda a qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”

De certo que o modelo proposto por Alexy tem a virtude de aproximar a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional.

6.4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA E O MÉTODO COGNITIVO PARTICIPATIVO E LEGITIMANTE

De tudo o que foi dito resulta que o estudo da hermenêutica jurídica contemporânea está a refletir acerca da abertura cognitiva do juiz, e, de resto, do aplicador do direito, em face da contextualização de suas decisões.

Neste papel, aponta-se como importante analisar o espaço de liberdade que é dado ao julgador no momento da produção da decisão judicial, configurando-a como ato estatal originário de um Estado Democrático de Direito.

Sob essa perspectiva, importa enquadrar a atuação judicial como autêntico exercício de poder discricionário voltado para o preenchimento dos espaços abertos relegados pelo legislador, seja na adequação da decisão ao caso concreto, seja na busca pela melhor solução para o caso diante dos termos jurídicos indeterminados constantes da lei.

Essa abordagem da discricionariedade abre ensejo à conclusão de que a atuação judicial, assim como todo ato discricionário, está vinculada em sua finalidade e em sua forma, a tal ponto de se afirmar que a decisão judicial deverá, sempre, dar

concretude aos objetivos constitucionais, obedecendo-se a um procedimento próprio que garanta a aferição e descrição dos passos que levaram à adoção da posição eleita.

Por sua vez, a referência aos objetivos constitucionais importa em uma vinculação ao julgador, especialmente sobre o aspecto material da decisão, uma vez que ela deve incorporar e concretizar os valores e postulados básicos eleitos pelo Estado como expressão máxima da vontade de seu povo e, portanto, da legitimidade.

De outra parte, a proposição de que a decisão deve resultar de um procedimento próprio, com normas pré-estabelecidas, em que as regras do jogo são conhecidas e aceitas pelas partes, surge como pressuposto necessário para a produção de uma decisão legítima.

Vale ressaltar que, em decorrência do regime democrático vigente, esse procedimento, por certo, deve ser amplamente aberto às mais diversas tendências e projetos de vida, além de ser essencialmente participativo, com absoluta autorização às partes para intervir e influir na formação da decisão judicial.

Com essas observações, vale propor a caracterização e formação de um método próprio de hermenêutica jurídica, um método cognitivo participativo e legitimante capaz de produzir decisões legítimas.

Esse método está inspirado em dois pressupostos básicos que devem ser atendidos na intenção de que o resultado do exercício hermenêutico seja legítimo. Trata-se de um pressuposto formal que consiste na necessidade prévia de estabelecimento de um procedimento próprio, conhecido e cujas regras do jogo sejam aceitas, em que seja dada ampla e plena participação dos interessados com possibilidade de influir na decisão; e o pressupostos material, que se insere na discricionariedade judicial e impõe ao julgador

o dever de vinculação aos objetivos constitucionais, obrigando-o a julgar e motivar seus atos em função de concretização dos valores básicos lançados pela Constituição.

Vale notar, assim, que a referência aos objetivos constitucionais surge como fator legitimante da decisão judicial, no que se insere a plena abordagem dos direitos fundamentais que devem ser sopesados e concretizados, fazendo parte do corpo de fundamentação racional da decisão.

De certo que, em caso de conflito, a utilização das regras de razoabilidade surgem como fator solucionador desses casos difíceis.

Surge evidente, por sua vez, que esse método, em que pese seja aberto e participativo, o que poderia subtrair um certo grau de cientificidade e segurança, por outro, comprova que o encontro da verdade está no consenso e no caso concreto, de modo que a verdade é contextual. Não que a verdade seja fluída e incerta, até porque há uma uniformidade básica de condutas e expectativas que devem ser admitidas previamente, o que limita o excesso e o absurdo.

Esse caráter participativo não se contenta, por ser democrático, com a mera abertura formal de oportunidade, mas sim com a real e efetiva possibilidade de os interessados influírem nos rumos da decisão, inclusive com auxílio do julgador, posto que se pretende alcançar a verdade material, fato que gera um controle simultâneo da decisão.

Daí cabe apontar que a própria participação efetiva dos interessados aparece como fator de controle da decisão contra subjetivos e decisionismos espúrios.

Pode-se descrever, de forma explicativa, nos moldes a seguir:

Hermenêutica Jurídica Democrática
Método Cognitivo Participativo e Legitimante:

Aspecto Formal – Procedimento estabelecido e Prévio – Ampla Participação –
Fundamentação Racional

Aspecto Material – Vinculação – Objetivos Constitucionais – Concretização
de Direitos Fundamentais

Desse modo, esse método cognitivo pretende inserir o diálogo aberto com a realidade, envolvendo os interessados na consecução da decisão judicial, expressando a configuração de um Poder Judiciário transparente e confiável.

A autoridade, como elemento legitimador da decisão, surge apenas como chancela, certificando-se de que a decisão tomada deve ser respeitada porquanto produzida em decorrência de uma Hermenêutica Jurídica Democrática, sem esta a decisão produzirá meros atos formalmente válidos e legítimos, mas carentes de pressupostos formais que garantam um ótimo nível de legitimidade.

CONCLUSÃO

Em conclusão extrai-se que a legitimidade das decisões judiciais é consequência de uma atividade cognitiva que se traduz na hermenêutica jurídica democrática.

A hermenêutica jurídica democrática consiste, assim, no exercício cognitivo desenvolvido pelo aplicador do direito que corporifica os postulados de um método participativo e legitimante.

Trata-se de postulados que apresentam aspectos formais e materiais que, se obedecidos, são capazes de proporcionar a produção de decisões legítimas.

Sob o aspecto formal pode-se afirmar que o método proposto deve atender aos seguintes postulados: a) procedimento dotado de regras prévias; b) autoridade reconhecida; c) ampla possibilidade de participação e intervenção das partes e interessados, independente do projeto de vida de cada um na sociedade plural; d) sobrevalência das partes na tomada de decisão; e) o juiz como participante ativo do processo, inclusive auxiliando as partes na busca da verdade real e do consenso; f) condução de um diálogo equitativo na evolução das conclusões tomadas no processo; e, g) fundamentação racional.

Quanto ao aspecto material pode-se estabelecer a necessidade de observância das seguintes características: a) a decisão deve corporificar objetivos constitucionais; b) a decisão judicial é tida como ato funcional do juiz, vinculado a fins; c) a função judicial é exercida de forma ativa, conseqüente e política, consciente do seu papel na sociedade complexa. d) a decisão deve ser razoável, ponderada e contextualizada; e) o ato judicial deve analisar e contemplar os argumentos e elementos

trazidos pelas partes para o processo, expondo-os, justificando fundamentadamente a razão pela qual foi adotada a postura eleita na decisão judicial.

Propõe-se, assim, que o exercício hermenêutico levado a cabo em um Estado de Direito Democrático seja feito em observância ao método participativo e legitimante.

Pois bem, concebe-se a legitimidade como a necessária aceitação dos destinatários das decisões, seja pela concordância com o que nela se expressa, seja pela aceitação produzida atendendo-se a um processo democrático, incorporando valores constitucionalmente consagrados, o que também é capaz de legitimar a decisão, neutralizando as eventuais divergências.

Conforme exposto no curso do estudo, o método participativo e legitimante pretende servir como instrumento de controle da liberdade judicial, sem prejudicá-la ou esvaziá-la.

Pode-se concluir pela efetiva existência da discricionariedade judicial, uma vez que o juiz, seja nos casos de conceitos indeterminados ou vagos, seja por decorrência da própria participação criativa do juiz na tomada da decisão, tem sobre si mais de uma possibilidade de agir legitimamente e opta, inclusive politicamente, por uma das soluções como aquela que lhe parece ser mais conforme aos objetivos constitucionais em face dos pressupostos fáticos e jurídicos que lhes são oferecidos.

Não há perplexidade com a atuação política do juiz já que ela decorre da idéia de efetividade inerente ao Estado Democrático, fato que exige uma postura ativa do magistrado na concretização das políticas e objetivos públicos previstos na Constituição.

Vale perceber, inclusive, que o juiz, ao avaliar a própria legalidade (sentido amplo) de um ato administrativo, especialmente aquele exercido no poder discricionário,

poderá reavaliar as determinantes fáticas e jurídicas que ensejaram o ato, momento em que, também, se investe da discricionariedade judicial para ponderar a melhor solução para o caso, podendo, inclusive, adotar proposta diversa daquela originariamente adotada pelo administrador.

Neste aspecto, é mister acatar que a discricção não é livre e incondicionada, pelo contrário é condicionada por determinantes constitucionais, além de determinantes fáticas, servindo como mecanismo de controle da liberdade de ponderação. Afinal a decisão, como visto em Siches, é sempre posta em um contexto situacional

A discricionariedade judicial se presta mais a garantir uma forma de controle objetivo da margem de liberdade dada ao julgador, do que propriamente para abrir uma autonomia ilimitada do julgador.

Até porque, ainda que admitamos a atuação política do juiz na tomada de posição, ela se faz presente inclusive porque o juiz é, nada mais, do que um agente do Poder Estatal e, portanto, também está sujeito aos arreios constitucionais.

Neste sentido, a discricionariedade judicial permite um melhor enquadramento da atuação do julgador moldando-a de forma a instrumentalizar o exercício de uma hermenêutica jurídica democrática.

Assim, uma decisão que não se amolde aos preceitos e finalidades constitucionais poderá ser cassada por ser inconstitucional e ilegítima. Por igual, é de ser anulada uma decisão que não observe pressupostos fáticos necessários à tomada da decisão.

De outra parte, decorre da hermenêutica jurídica democrática a postura de dar força normativa aos objetivos constitucionais, inclusive aqueles supostamente

programáticos,²⁶⁷ mesmo que seja, ao menos, um progressivo atendimento desses fins constitucionais em face das limitações fáticas, como a reserva do possível.

Hesse²⁶⁸, neste ponto, afirma que a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Sendo certo que esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito, e sobretudo a Constituição, têm eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes num determinada situação.

Essa vinculação da atuação produtora de decisão é aferida justamente no momento da motivação da decisão.

Disto decorre que a hermenêutica democrática reclama como uma de suas características a presença de fundamentação racional de suas decisões. E mais, esse o método legitimante impõe que a motivação deve expressar um conteúdo de razoabilidade de acordo com os fins e valores constitucionais. A decisão precisa ser necessária e adequada à satisfação do bem.

Por igual, decorre desse método a presença do diálogo como medida necessária à produção da decisão legítima, de forma que a decisão ou proposta eleita na

²⁶⁷ KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002, p.28-29. Ressalta que os direitos fundamentais sociais da Constituição brasileira exercem um importante papel, cumprindo, ao lado da função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa, e, acima de tudo, *conscientizadora*. O discurso constitucional sempre é um discurso codificado da realização de interesses programáticos e da legitimação de pretensões de domínio político. É inegável a similitude com a força normativa preconizada por Hesse.

²⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22-23. Tradução de Die normative Kraft der Verfassung

decisão judicial apresente-se conciliatória. É que na sociedade plural é importante evitar a exclusão absoluta da proposta vencida, a qual poderá reinar sob outras condições. Satisfaz-se o pluralismo.

A legitimidade é um ideal e um objetivo constante para o Estado Democrático, pois, sem ela, ele não sobrevive, já que seu fundamento de validade é o povo. É preciso recambiar a forma de pensar dos juízes e das partes para esse prisma. Não há como admitir uma decisão válida se ela não satisfaz formal e materialmente as exigências do método participativo e legitimante decorrente do Estado de Democracia.

Bonavides ²⁶⁹ assevera que um Estado onde haja a perda de laços com a sociedade na ordem moral poderá, um dia, conduzir ao desespero institucional e à desobediência civil, o que se aplica à análise em estudo, vez que um Estado no qual suas decisões são opressivas gera a sua ilegitimidade e, por fim, a resistência, com seu enfraquecimento e, até, sua superação.

Acontece que, em uma sociedade pluralista, como ocorre no Brasil, há uma constante tensão de valores e pretensões para a prevalência de um projeto de vida, formando-se inúmeras facções no seio social que repercutem no poder judiciário.

Não se confunda com facções vigentes em épocas e Estados anteriores, vez que no Estado atual a presença das diversas propostas de vida são presentes e sua análise estimulada em um debate público e participativo.

Cuida-se de facções que, sejam majoritárias ou minoritárias, devem ter acesso efetivo à formação das decisões do Estado Democrático. Essa participação se

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 83.

tornará cada vez mais legítima a partir da observância dos direitos fundamentais, em especial o direito a um devido processo legal.

O devido processo legal surge como uma proteção para que as diversas forças sociais tenham acesso regulado à tomada de decisões estatais, em especial as decisões judiciais. É uma forma de institucionalizar o método participativo e legitimante, sem prejuízo de que o *due process* venha ser acrescido das características formais e materiais aludidas neste estudo.

O devido processo legal, em um Estado Democrático de Direito, está enfatizado na necessária participação. É a participação o elemento primordial para garantia do devido processo legal democrático.

Até porque o sentido da norma se fixa em um discurso de aplicação, no qual serão formuladas perguntas e respostas visto que o diálogo é a sede da verdade.

Não se pretende gerar menoscabo ao papel do juiz no processo, ao contrário apenas se pretende evidenciar que o juiz corporifica o Estado no processo e ele precisa que suas decisões sejam legítimas para confirmar sua autoridade e a do Estado, sendo o caminho proposto a adoção da hermenêutica jurídica democrática pelo uso do método legitimante e participativo.

Ora, se a legitimidade advém das partes – povo – o juiz deve buscar, por todos os meios, que a decisão venha expressar a postura mais legítima entre as propostas possíveis, servindo, para tanto, a exigência de uma cooperação intersubjetiva das partes para encontro da verdade material, inclusive, se necessário, através de uma postura assistencialista do juiz em prol da justiça. O “povo” não deve funcionar como metáfora; o povo deve aparecer como sujeito político empírico. Um povo no plano das instituições,

entrando em cena efetivamente como destinatário e agente de controle e de responsabilidade.²⁷⁰

Enfim, o juiz precisa das partes para manter a autoridade de suas decisões, pois do povo advém o poder e para o povo o poder deve se exercido.

²⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

BIBLIOGRAFIA

Livros e Obras

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena. **Filosofando:** introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo : Moderna, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 3.ed. São Paulo : Landy, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2001.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menendez. Baden Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Política e constituição:** os caminhos da democracia. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. 2. tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2.ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. 2. impressão. v. I. Coimbra : Livraria Almedina, Coimbra, 1982.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000.

_____. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo : Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2001.

De GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Trad. Menelick de Carvalho Neto e Juliana N. Magalhães. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DROMI, Roberto. **El poder judicial**. 4. ed. 3. impresión. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 19.ed. Cambridge : Harvard University Press, 2002.

_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo : Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 8. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito.** Trad. René Eernani Gertz. Brasília : UnB, 1986.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.* Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1976.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II:** complementos e índice. Trad. Enio Paulo Gaichini, Petrópolis : Vozes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional,** Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.* 2. ed. Madrid : Editorial Reus, 1925.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo : Malheiros, 2002.

HALL, Jerome. **Democracia e direito.** Trad. Arnold Wald e Carly Silva. Rio de Janeiro : Zahar, 1949.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris , 2002.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito.** Trad. A Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991. Tradução de Die normative Kraft der Verfassung.

HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política:** tratado da natureza humana; tratado do corpo político. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. José Batista Machado, 4. ed. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1979.

_____. **O que é justiça?** Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciência del derecho**. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona : Ariel Derecho, 1994.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASKY, Harold. **Derecho y política**. Trad. Jesús Navarro de Palencia. 1. ed. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

LEIBAR, Iñaki Esparza. **El principio del proceso debido**. Barcelona : Jose Maria Bosch Editor, 1995.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília : Universidade de Brasília, 1980.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tiragem. Brasília : Brasília Jurídica, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo : Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo : Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade:** novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro : Forense, 1991
- MOURA, Elizabeth Maria. **O devido processo legal na constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito.** São Paulo : Celso Bastos Editor, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000.
- _____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** Trad. Peter Naumann. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.
- MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. **American constitutional interpretation.** New York : The Foundation Press, 1995.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo : Saraiva, 1988.
- ORTH, John V. **Due process of law: a brief history.** University Press of Kansas, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO. **Diálogos.** Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1995.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do direito.** 3. ed., fac simile da 2.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre processo civil.** Recife : Universidade Federal de Pernambuco, 1969.
- RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidad por omission:** teoria general. Derecho comparado. El caso espanhol. Editorial Civitas, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social:** princípios do direito político. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SAVIGNY, F. Von. **De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciência del derecho.** Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires : Editorial Heliasta S.R.L., 1977.
- SICHES, Luiz Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho.** 5. ed. Mexico : Editorial Porrúa, 1975.
- SOLER, Sebastián. **Interpretacion de la ley.** Barcelona : Ediciones Ariel. 1962.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Trad. Mario de La Cueva. México. Centro de Estudios Filosóficos/ Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 2. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol.I, São Paulo: Axis Mundi, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo : Alfa Omega, 1994.

Artigos científicos e palestras

ADEODATO, João Maurício Leitão. Legitimidade jurídico-política e crise (uma exposição do problema). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife : Universidade Federal de Pernambuco, ano LXXII, p.131-154, 1985.

_____. O positivismo culturalista da escola do Recife. **Novos estudos jurídicos – Revista Quadrimestral dos Cursos de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Univali, v. 8, n.2, p. 303-326, maio/ago, 2003.

ALMEIDA FILHO, Agassiz Interpretação constitucional e princípio democrático: a importância do caso concreto na elaboração das decisões judiciais. **Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, v. 24, n. 279, p.5-23, mar., 2002.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito alternativo: tópicos para superar (pré) conceitos e (pré) juízos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1^a. Região**, Brasília, v. 9, n. 4, p.33-42, out/dez, 1997.

BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade judicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.97, n.354, p.187-195, mar/abr, 2001.

BRINDEIRO, Geraldo. Jurisdição constitucional e devido processo legal. In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**, Belo Horizonte : Del Rey, p.423-433, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, n. 30, p.120-126, jan/mar, 2000.

CANOTILHO, J.J. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**, São Paulo : Saraiva, p.351-167, 1993.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.17, p.115-133, ago., 2004.

CLÉVE, Clemerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n.117, p.293-308, jan/mar, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Direito ao Extremo**: coletânea de estudos, Rio de Janeiro : Forense, p. 139-154, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, n.9, p.40-48, 1995.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Ligações melindrosas: uma reflexão a respeito da sociologia aplicada ao direito. In: JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano (Orgs.). **Ou isso ou aquilo**: a sociologia jurídica nas faculdades de direito. Rio de Janeiro, IDES/Letra Capital, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**, Belo Horizonte : Del Rey, p.47-65, 2001.

GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra Applicazione di Regole ed Argomentazione Basata su Principi*. In **Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto**, Milano: Giuffre' Editore, v.62, n.1, p.65-103, gen./mar., 1985

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Dialética, n.6, p.47-59, 2003.

HABERMAS, Jurgen. Sobre legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro / Departamento de Direito, v. 9, n.17, p.190-208, ago./dez., 2000.

_____. *Intolerance and discrimination*. In: **I COM Internacional Journal of Constitutional Law**. New York : Oxford University Press, v. 1, n. 1, p.2-12, jan., 2003.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil. **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público**, Porto Alegre, v. 5, n. 23, p. 21-44, jan./fev. 2004.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Trad. Peter Naumann, In **AJURIS**, Porto Alegre, v.17, n.49, p. 149-168, jul., 1990.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p.183-202, nov. 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. Efeitos aditivos das sentenças dos Tribunais Constitucionais. In: ENCONTRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 11., 2002. **ANAIS...** Org. Associação Brasileira de Constitucionalistas, 22 a 24 de agosto de 2002.

_____. Democracia e consenso na decisão de legislar. In **Revista brasileira de direito constitucional**, São Paulo, n. 3, p. 117-187, jan/jun, 2004.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural**, São Paulo: Martins Fontes, p.103-125, 2002.

NEVES, Marcelo. Interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, São Paulo : Malheiros, p.356-376, 2001.

ROCHA, Zélio Maia da. Construção constitucional e a atuação do poder judiciário. **Consulex Revista Jurídica**, ano VII, n. 151, Consulex, p.42-47, 30 de abril de 2003.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**, Belo Horizonte : Del Rey, p. 9-45, 2001.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Trad. Peter Neumann. São Paulo : Malheiros, p.504-515, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Discricionariedade judicial e a interpretação constitucional. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (Coord.). **Constituição Federal de 1988: 10 anos (1988-1998)**. São Paulo: Juarez de Oliveira, p.415-432, 1999.