



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

RAUL DIEGUES SERVA NETO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DA HISTORICIDADE
DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO JURÍDICO**

RECIFE

2017

RAUL DIEGUES SERVA NETO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DA HISTORICIDADE
DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO JURÍDICO**

Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, com vistas à aprovação no Curso de Mestrado, na Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos. Linha de pesquisa n. 05: Linguagem e Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves

RECIFE

2017

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo identificar, ao longo da historicidade das práticas interpretativas, critérios de avaliação para análise de uma decisão jurídica, utilizando como critério de aplicação da construção elaborada a ADPF 187 (marcha da maconha). A pergunta de partida foi: o que torna possível realizar afirmações relevantes sobre o Direito? Observou-se como hipótese da dissertação, se a decisão judicial apresenta transgressões de validade possibilitadoras de uma discricionariedade interpretativa, então ela pode revelar uma maior propensão de ser ativista. Para responder a pergunta de partida, o estudo valeu-se da seguinte metodologia: a partir do contributo do giro hermenêutico na abordagem da análise da decisão da ADPF 187, o que faz ser uma decisão jurídica ativista; a partir do método fenomenológico Heideggeriano, desenvolvendo-se uma abordagem em três passos, sendo: 1) a redução fenomenológica, que promove o deslocamento da perspectiva do ente em direção ao ser; 2) a desconstrução dos conceitos tradicionais, que promove encobrimientos nos fenômenos; 3) e a construção, que se mostra como uma apropriação do que ficou esquecido, em que se sequencia o acesso ao ser e a definição dos seus modos de ser a partir do ente. Após o desenvolvimento da metodologia, elaborou-se, a partir das Escolas de Hermenêutica Jurídica, o desenvolvimento da hipótese estética de Dworkin, na qual, ao longo da historicidade desta discussão, o primeiro critério residiu na vontade do legislador, embora seja este um ente despersonalizado; a vontade da lei também não é suficiente, pois a lei não tem vontade, podendo-se atribuir vontades a ela; o interesse juridicamente protegido pode ser considerado um critério de validade, que mais depende da leitura conflitiva do Direito do que propriamente no Direito; o normativismo atribui ora a uma decisão de política ou a uma regra de reconhecimento a validade de uma interpretação, o que, de certa forma, busca fora do Direito um critério de validade para interpretações, ora porque reside dentro de uma moldura metafisicamente concebida baseada em uma norma hipotética, ora com base no reconhecimento de todos; acrescentou-se por último a dependência do reconhecimento de uma proposição jurídica pelos tribunais. Nenhum desses critérios de validade é concebido a partir do próprio Direito, geralmente atribuem a fatos a validade das interpretações. Em seguida, defende-se o ponto de vista de que os contributos sobre a validade do direito desdobram-se no debate sobre as posturas interpretativas das cortes constitucionais. Tal apelo é feito com a finalidade de evitar a correção moral ou política do direito. Discutem-se os múltiplos conceitos sobre ativismo judicial, considerando-o como um conceito contestado e altamente controverso, e logo se analisam os pressupostos de tais conceitos. Para tanto, se buscou, a partir do estudo da decisão da ADPF 187 (marcha da maconha), realizar um estudo da validade dos pressupostos de leitura que sustentam a compreensão da validade da leitura da liberdade de expressão em seu viés instrumental ou constitutivo. Esta pesquisa de base teórica constituiu uma crítica à interpretação jurídica acrítica. Apresentou como meio de mostrar o esquecimento do ser-assim, o meio de conhecer o fundamento e o sentido deste ser-assim.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Giro Hermenêutico. Liberdade de Expressão. Validade Jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this study was to identify, throughout the historicity of the interpretative practices, evaluation criteria for a legal decision analysis, using ADPF 187 (marijuana gait) as the application criterion for the elaborated construction. The starting question was: what makes it possible to make relevant statements about the Law? It was observed as the dissertation hypothesis, if the judicial decision presents transgressions of validity allowing for an interpretative discretion, then it may reveal a greater propensity to be an activist. In order to answer the initial question, the study was based on the following methodology: from the contribution of the hermeneutical turn in the approach to the analysis of the ADPF 187 decision, which makes it an activist legal decision; from the Heideggerian phenomenological method, by developing a three-step approach: (1) the phenomenological reduction, which promotes the shift from the perspective of the being towards the being; 2) the deconstruction of traditional concepts, which promotes masks in phenomena; 3) and construction, which shows itself as an appropriation of what has been forgotten, in which the access to the being is sequenced and the definition of its modes of being from the being. After the development of the methodology, the development of the Dworkin aesthetic hypothesis was elaborated from the Schools of Legal Hermeneutics, in which, throughout the historicity of this discussion, the first criterion resided in the will of the legislator, although this is a body disempowered; the will of the law is also not enough, because the law has no will, and it can be attributed to it; the legally protected interest can be considered a criterion of validity, which depends more on the conflicting reading of Law than on Law itself; normativism assigns either a policy decision or a recognition rule the interpretation validity, which, in a way, seeks outside the Law a criterion of validity for interpretations, or because it resides within a metaphysically conceived frame based on a hypothetical norm, or based on the recognition of all; finally, the dependence on the recognition of a legal proposal by the courts was added. None of these validity criteria is conceived from the Law itself, they generally attribute the validity of interpretations to facts. Next, the view is taken that the contributions on the Law validity unfold in the debate on the interpretative positions of the constitutional courts. Such an appeal is made for the purpose of avoiding moral or political correctness of the law. It discusses the multiple concepts of judicial activism, considering it as a contested and highly controversial concept, and then analyzes the assumptions of such concepts. Therefore, a study of the validity of the reading assumptions that support the comprehension of the validity of the reading of freedom of expression in its instrumental or constitutive bias was sought, based on the study of ADPF 187 (marijuana march) decision. This theoretical research constituted a critique of uncritical legal interpretation. He presented as a means of showing the forgetfulness of being-thus, the means of knowing the foundation and meaning of this being-thus.

Keywords: Legal Hermeneutics. Hermeneutical Turn. Freedom of Expression. Legal validity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – METODOLOGIA – A DEFINIÇÃO, O CAMINHO E O USO DO MÉTODO FENOMENOLÓGICO HEIDEGGERIANO	13
1.1 O giro hermenêutico e a hermenêutica do giro (Hermeneutic Turn)	22
1.3 O como da compreensão e a compreensão do como – a estrutura do sentido e o sentido da estrutura	25
1.3 A diferença ontológica	30
CAPÍTULO 2 – AS PRÁTICAS INTERPRETATIVAS TRADICIONAIS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA	34
2.1 Escola da exegese e a exegese da escola	36
2.2 Escola histórica – o historicismo da escola e a escola do historicismo	38
2.3 O descobrimento livre do Direito – o Direito livre e a livre investigação científica	42
2.4 Jurisprudência dos conceitos e os conceitos da jurisprudência	47
2.5 Jurisprudência dos interesses e os interesses da jurisprudência	51
2.6 A teoria pura do Direito – Hans Kelsen	55
2.7 O conceito de Direito de Herbert Hart – a regra de reconhecimento e o reconhecimento da discricionariedade	58
2.8 A jurisprudência dos valores e os valores na jurisprudência	61
2.9 O realismo jurídico	67
2.10 Conclusões parciais	74
CAPÍTULO 3 – O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – O DIREITO HOJE É QUEM DETERMINA O SENTIDO DO DIREITO	78
3.1 O relacionamento entre Direito, moral e política: a contextualização do problema do ativismo judicial em face da autonomia do direito	78
3.2 Judicialização da política: definições e diferenças	85
3.3 A judicialização da política a expansão judicial	95
3.4 O termo ativismo judicial e a análise do comportamento judicial	97
3.5 Entre a diferença e o procedimentalismo – os limites da racionalidade decisória	99
3.6 Conceito interpretativo de ativismo judicial – qualitativo x quantitativo ...	100
3.7 O ativismo judicial e o problema de sua definição – as várias conceituações	106
3.8 O modelo dimensional do ativismo judicial – os Neorealistas	109
3.9 A perspectiva multidimensional do ativismo judicial	115

3.10 A coerência e integridade como validade das interpretações do Direito: o Direito na visão de um ouriço	116
3.11 Conclusões parciais: a validade nos dias atuais	125
CAPÍTULO 4 – A ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 – A MARCHA DA MACONHA	130
4.1 A liberdade de expressão – na visão doutrinária	131
4.1.1 A ironia da liberdade de expressão – Owen Fiss	131
4.1.2 A liberdade de expressão na visão de um ouriço – Ronald Dworkin.....	134
4.2 A liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal – 5 casos	136
4.2.1 O caso Ellwanger – o discurso do antissemitismo contra judeus	137
4.2.2 A liberdade de expressão perante a censura prévia da lei de imprensa	139
4.2.3 A liberdade de expressão perante o humor na lei eleitoral.....	142
4.2.4 A liberdade de expressão perante a autorização de biografias.....	144
4.2.5 A liberdade de expressão em face do debate de descriminalização da maconha	146
4.3 Conclusões parciais sobre a análise da jurisprudência	148
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS.....	154

INTRODUÇÃO

Para fazer qualquer tipo de afirmação sobre o Direito, é preciso saber no que se apoiam tais afirmações. Não basta, simplesmente, escolher um referencial teórico ou a própria autoridade para saber quais razões podem vir a ser consideradas adequadas. Em quais condições há viabilidade de sustentação de pontos de vista sobre o Direito? O que torna possível realizar afirmações relevantes sobre o Direito? A existência de um critério científico é suficiente para tal desiderato ou a escolha de um critério de leitura metafísico, baseado em alguma vontade, seja do legislador, da lei ou do intérprete é suficiente?

Para realizar qualquer tipo de afirmação sobre o Direito, é preciso interpretá-lo. Grande parte das interpretações feitas sobre o Direito assume um caráter de rivalidade, sobretudo, um conflito de interpretações. O devido processo legal, junto aos princípios do contraditório e da ampla defesa, representa a procedimentalização desse conflito. A maioria das palavras utilizadas na Constituição, nas leis e em outros atos normativos não possui sentidos unívocos. A plurivocidade das palavras suscita as várias possíveis interpretações, um exemplo muito comum é a própria interpretação da Constituição. O incidente de uniformização da Jurisprudência também apresenta, em certo grau, duas interpretações possíveis para as mesmas circunstâncias sobre casos jurídicos concretos.

A relatividade que implica um conflito de interpretações só se pode resolver quando se apresentam os critérios de validade que as sustentam em tal conflito, de modo que tais critérios têm que ser, necessariamente, jurídicos e não políticos ou morais, pois se estaria admitindo a própria correção política ou moral do Direito. Neste aspecto, o papel da interpretação no Direito não é simplesmente a busca pelo sentido atribuído por uma vontade, mas, sim, o resultado de uma compreensão dentro da qual se realizam revisões ou suspensões dos pressupostos interpretativos, que geram formulações de juízos *a priori* (pré-juízos), em busca do melhor sentido para a interpretação de um enunciado jurídico, presente em algum ato normativo, como a Constituição, leis, etc. Estas constantes revisões nos levam a indagar sobre o problema da validade das interpretações.

O problema da validade das interpretações se coloca perante a construção de um enunciado jurídico. Pode-se concebê-lo de duas formas: primeiro, o enunciado é o próprio texto em que ocorre a interpretação, no caso do direito, o

enunciado é um texto jurídico. Pode-se chamar esse primeiro tipo de enunciado a se interpretar ou interpretado. Também, há a possibilidade de considera-lo como uma afirmação sobre o que significa o enunciado a se interpretar ou interpretado, de tal forma que se atribui um sentido determinado sobre o enunciado a se interpretar. Este segundo enunciado, pode ser chamado de assertivo, já que estabelece um sentido adequado para o que se interpreta.

A questão da validade para o enunciado a se interpretar pode ser tida como uma questão de seguir procedimentos preestabelecidos, pré-condições para adquirir vigência, problema que associa a validade de um enunciado jurídico à existência, como Kelsen o fez, ou a sua eficácia, tal qual o Realismo jurídico o fez. No primeiro caso, um enunciado é válido se cumpre requisitos para entrar em vigor, se obedeceu ao processo legislativo adequado: no segundo caso, os próprios efeitos da decisão. Contudo, nem todo o problema da validade de afirmação sobre o Direito se resolve sobre a vigência ou a eficácia de uma norma jurídica, este problema recai apenas sobre o enunciado interpretado.

O problema da validade do enunciado assertivo, produto de um labor interpretativo, em que se realizam afirmações sobre o texto jurídico, requer a necessidade de expor os critérios de leitura que sustentam a interpretação do enunciado interpretado. As teorias da interpretação jurídica no Direito são tidas neste trabalho como tentativas da melhor leitura possível dos enunciados interpretados, a ponto de poderem gerar afirmações válidas sobre um texto jurídico.

Assim, ao apresentar as razões pelas quais se realiza uma afirmação que predica alguma leitura sobre os enunciados interpretados, podemos chamar de proposição jurídica. Afirmar que uma afirmação juridicamente vale para o Direito, é também firmar uma proposição jurídica e realizar um julgamento jurídico.

Cada teoria da interpretação do Direito é uma forte candidata a estabelecer afirmações sobre o Direito. A ideia é avaliar tanto quanto possível, assumindo um ponto de vista interno, as teorias da interpretação jurídica, para identificar a validade proposta por cada Escola da Hermenêutica Jurídica. Nesta discussão sobre a validade de uma proposição jurídica, assume relevância a interpretação realizada pelos tribunais, que muitas vezes possuem como pressupostos de suas posições jurisprudenciais critérios de leitura das Escolas de Hermenêutica Jurídica para estabelecer a validade de suas afirmações. Essa discussão recai necessariamente no problema do ativismo judicial em que questiona a validade interpretativa de certas

decisões. A transgressão da própria ideia de validade interpretativa por parte de um tribunal implica em uma decisão ativista.

A tomada de consciência dos pressupostos que influenciam a leitura e a formação da validade das afirmações de um intérprete revelam do ponto de vista metodológico, os fundamentos principais de sua interpretação, permitindo-se o controle intersubjetivo de uma interpretação e a linha de continuidade a ser seguida ou não em face da história institucional do sentido da interpretação. A ênfase do trabalho não está em interpretar o sentido, mas, sim, tratar o sentido da interpretação a ser realizada.

Logo, a abordagem que se dará ao ativismo judicial nesta pesquisa tratará de seu aspecto interpretativo. Neste caso, o problema da dissertação se define como: quais critérios de validade se podem desenvolver para avaliar o que faz ser uma decisão jurídica ativista? Quais práticas interpretativas são essenciais, ao analisar uma interpretação feita a partir da fundamentação jurídica de uma decisão, para a caracterização de uma decisão como portadora de algum grau de ativismo judicial? A abordagem a essa pergunta necessita de uma pesquisa qualitativa.

Na busca de uma definição, delimita-se a abordagem do presente tema e trata-se o ativismo judicial a partir do problema da interpretação jurídica. O ativismo judicial, neste caso, se caracteriza por uma análise da validade de uma interpretação presente em um órgão ou julgador que decide um caso jurídico concreto. A partir da análise dos padrões interpretativos desenvolvidos na fundamentação jurídica de uma decisão, procura-se verificar quais os critérios são capazes de formar uma ideia sobre a validade de uma interpretação ativista utilizada para decidir um caso jurídico concreto.

A preocupação do que se investiga não está no quê se interpreta no âmbito jurídico, mas, sim, em “como” se compreende para interpretar. Assume-se que a interpretação é fruto de um processo compreensivo, que visa tornar evidente os pré-juízos de quem interpreta. Ao intérprete e julgador não cabem atribuir qualquer sentido ao texto da melhor maneira que lhe aprouver de forma arbitrária. Neste momento, a reflexão e a escolha do conceito a ser utilizado de ativismo judicial nos faz adotar a metodologia baseada no estudo do método hermenêutico-fenomenológico de Martin Heidegger. O pensamento que se desenvolve neste trabalho se volta para a indagação do ser, em seu aspecto ontológico, o que gera as multiplicidades de posicionamentos e interpretações. A isto Josef Esser (1983, p.

117) chamou: “compreender não é conhecer que algo é assim, mas sim conhecer o fundamento e o sentido deste ser-assim.” Investiga-se o ser, e o seu possível esquecimento pelo pensamento jurídico, que não se preocupa mais com a análise dos pressupostos da validade do conhecimento jurídico.

Em contraponto, a primeira possibilidade da pergunta se afirma dentro do paradigma do positivismo. Grande parte das construções de sentido baseadas no positivismo encoraja o intérprete a escolher o sentido que melhor lhe apetece, conforme sua subjetividade. O que importa a interpretação do sentido de um texto ou o sentido da interpretação do mesmo? As posturas positivistas se preocupam com a interpretação do sentido e não prestam conta do sentido da interpretação que articula e estrutura de revisão e suspensão dos pressupostos do processo compreensivo do intérprete perante o texto a ser interpretado.

Disso decorre que quanto mais elementos possibilitem posturas dotadas de discricionariedades¹ do intérprete, fruto de seu descuido quanto à revisão de seus próprios pré-juízos ou possíveis correções do Direito por parte da Moral ou da Política, mais chance existe de uma decisão ser considerada ativista. Logo, adentra-se na hipótese da dissertação: se a decisão judicial apresenta transgressões de validade possibilitadoras de uma discricionariedade interpretativa, então ela pode revelar maior propensão de ser ativista.

Adotado o referencial metodológico na abordagem do problema suscitado, é preciso definir o objeto da investigação. Sendo assim, a pesquisa desenvolve um estudo de caso sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 187, julgada no ano de 2011 pelo STF, que trata da constitucionalidade das manifestações em praça pública favoráveis à descriminalização do consumo de drogas.

Primeiramente, da escolha do caso: o caso foi apresentado durante as aulas da cadeira de Análise Crítica do Discurso, em junho de 2011. Houve a apresentação

¹ A discricionariedade se relaciona diretamente com o arbítrio interpretativo em que estabelece a imprevisibilidade das interpretações no Direito diante de julgamentos. Uma acepção gira em torno da autoridade de tomar decisão, se sua autoridade se adequa a padrões de validade prévios ou construídos pela própria autoridade. Às vezes usamos poder discricionário não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 52.

de um vídeo², no qual a Vice-procuradora da República Deborah Duprat, há época, faz suas alegações antes da manifestação do relator do caso, Ministro Celso de Melo.

Nas alegações, a Vice-procuradora da República defende a utilidade da ADPF 187, bem como ingressa no terreno da filosofia do Direito, ressaltando a importância da interpretação do texto jurídico para o Direito, de forma a realçar o argumento central da referida arguição. Especialmente, quando trata do modo como concebe a compreensão da liberdade de expressão no caso concreto. Dessa forma, nossa atenção é chamada pelo fato de que a Vice-procuradora evoca o giro hermenêutico. Este traz consequências significativas para o Direito e a interpretação a ser desempenhada em face do texto jurídico. Nas palavras da Vice-procuradora da República, não há mais a possibilidade de compreensão de um texto sem reconhecer o contexto no qual está inserido.

Diante desta assertiva, chama-se a atenção para uma tentativa de superação dos paradigmas do positivismo jurídico e um olhar sobre os referenciais teóricos de uma Filosofia Hermenêutica que mostre as insuficiências do positivismo jurídico e sirva para superar possíveis imperfeições.

Acredita-se que a ADPF 187 e as discussões sobre o critério de leitura da liberdade de expressão tragam elementos que revelem uma postura proativa do Supremo Tribunal Federal, o que nos leva a originalidade do estudo a ser desempenhado, pois grande parte das discussões sobre o ativismo judicial não apresenta os fatores intersubjetivos de controle para que analisem uma decisão como ativista diante dos pressupostos interpretativos das mesmas. Logo, o trabalho encontra sua justificativa na necessidade de verificar no âmbito da *praxis* o que constitui uma decisão como ativista e propõe uma análise fenomenológica de uma decisão proferida pelo STF.

A pesquisa a ser desempenhada nesta dissertação procura realizar um levantamento bibliográfico com base em livros, artigos científicos e em periódicos para a devida revisão de literatura que necessita a Hermenêutica Jurídica, com base em paradigmas positivistas. Ademais, apresenta-se também como documental, com a análise das decisões que constituem os votos de cinco casos paradigmáticas da

² MARCHA DA MACONHA. Procuradora da República defende a liberdade de manifestação no STF. Brasília, 2011. P&B. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3AjnKqqNnWg>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

liberdade de expressão no direito brasileiro. A investigação configura-se como descritiva e exploratória em uma análise qualitativa sobre o conteúdo da fundamentação jurídica dos votos prolatados pelos ministros.

A pesquisa possui como objetivo identificar, ao longo da historicidade³ das práticas interpretativas, critérios de avaliação para análise de uma decisão jurídica, de modo a ressaltar o caráter autônomo do Direito em face da Política e da Moral e coerência e integridade na interpretação. Inclusive, o fundamento jurídico desta dissertação reside nos artigos: art. 93, inc IX, da Constituição Federal, e 926 do código de processo civil brasileiro.

Cada capítulo produzido visa responder à pergunta de partida, aportando contribuições para verificação da hipótese. A começar pelo primeiro, que traduz o emprego do método fenomenológico heideggeriano. Tal construção transforma a pergunta de partida em um caminho de investigação sobre o sentido da interpretação do ser do ente chamado ativismo judicial. Aplicam-se as consequências do giro hermenêutico ao Direito. Fornece-se desde logo o critério de leitura baseado na historicidade da filosofia hermenêutica até os dias atuais de toda a investigação a ser realizada neste trabalho, inclusive da análise das interpretações dos votos da ADPF 187.

O capítulo segundo inicia um diálogo com a historicidade das práticas interpretativas da Hermenêutica Jurídica, em função dos critérios de validade de uma interpretação. Se o fenômeno ativismo judicial se manifesta mediante práticas interpretativas, então o estudo de sua formação e desenvolvimento ao longo da história do Direito revela-se fundamental. Duas ideias servirão para estabelecer a adaptação ao direito à realidade social e que papel tem a interpretação como critério de leitura dos textos, e quais as referências que cada escola da interpretação possui para ler um texto jurídico.

O terceiro capítulo é a continuidade da discussão estabelecida nos dias atuais. Trabalha-se com a problemática da adaptação do Direito à realidade social atual e quais práticas interpretativas se manifestam na interpretação da Constituição.

³ Historicidade é tida como um modo de ser que acontece em uma facticidade. Neste modo de ser indaga-se sobre o conhecer o fundamento e o sentido de se ser-assim. Sobretudo como se caracteriza a validade no Direito no transcurso do tempo. A abordagem trata da temporalidade não porque a validade de uma interpretação esteja dentro da história, mas sim o inverso, só existe e pode existir historicamente por ser temporal no modo de conhecer seu apoio aos enunciados assertivos e o sentido de suas afirmações.

Neste aspecto assume relevância a discussão entre judicialização da política e ativismo judicial. Estes são tidos como a denominação dos problemas que há mais de dois séculos são discutidos na Hermenêutica Jurídica. Realiza-se uma defesa da autonomia do Direito em face da Política e da Moral, como forma de justificar a definição adotada de ativismo judicial e explicação de sua adaptação à realidade social.

O capítulo quarto estabelece uma análise das decisões paradigmáticas da liberdade de expressão no Direito brasileiro, a partir do critério de leitura proposto por Owen Fiss e Ronald Dworkin. Comparam-se nas decisões os critérios de leitura da liberdade de expressão em comparação com a ADPF 187.

CAPÍTULO 1 – METODOLOGIA – A DEFINIÇÃO, O CAMINHO E O USO DO MÉTODO FENOMENOLÓGICO HEIDEGGERIANO

O que faz ser uma decisão jurídica ativista? A pergunta pelo sentido da interpretação sobre ser uma decisão ativista se converte neste capítulo na pergunta sobre as condições de possibilidade de toda a investigação do trabalho. Em sua ambiguidade, a pergunta contribui para descrever a diferença entre o sentido da interpretação, como se organiza a maneira de pensar (modelos interpretativos), da interpretação do sentido, o que foi interpretado.

De certa forma, a pergunta evidencia o que Lênio Streck chamou de questão hermenêutica: “de que modo se deve avaliar o limite do sentido e o sentido do limite de uma compreensão?” (STRECK, 2011, p. 369).

A pergunta convida a estar ciente das influências sobre os critérios de leitura do que se interpreta diante de uma questão hermenêutica. Tal exercício nada mais é do que a colocação em movimento do método fenomenológico heideggeriano. É certo que o método fenomenológico na obra de Martin Heidegger foi tematizado em obras esparsas. Especialmente no começo de seus estudos, por volta dos anos de 1923 a 1927, período em que culminou com a publicação de *Ser e Tempo*. Todavia, uma visão da totalidade de sua obra evidencia que, em muitos casos, o método fenomenológico foi posto em exercício de forma indireta. Dessa forma, procura-se articular o caminho dos esboços do método fenomenológico heideggeriano na medida da ordem cronológica de suas obras. A primeira obra que de fato traz um delineamento de tal método é *Ontologia - Hermenêutica da Facticidade* (1923), seguida por *Prolegômenos para uma História do Conceito de Tempo* (1925), *Lógica a Pergunta pela Verdade* (1925-1926), *Os problemas Fundamentais da Fenomenologia* (1927) e *Ser e Tempo* (1927).

O que é a fenomenologia? A obra *Ontologia: Hermenêutica da facticidade* nos oferece o início do pensar fenomenológico. Em seu começo, como resposta, Heidegger oferece uma compreensão superficial do que ela venha a ser: “uma interpretação histórica do significado” (HEIDEGGER, 2012, p. 75). Já desde o começo há uma preocupação com a construção de uma perspectiva que leve em consideração a historicidade do pensamento. Na fenomenologia heideggeriana, o autor resgata a origem do significado grego da palavra fenômeno, “significando o que se mostra” (HEIDEGGER, 2012, p. 75). Fenômeno em sua definição é “aquilo

que se mostra como tal, em seu mostrar-s” (HEIDEGGER, 2012, p. 75), a preocupação volta-se para a compreensão do modo-de-ser daquilo que se mostra. Nestes termos, a fenomenologia se torna uma investigação que se preocupa em “falar de algo tal como esse algo se mostra e apenas na medida em que se mostra” (HEIDEGGER, 2012, p. 79).

O mais atrativo em sua escolha está que em seu caminho de investigação revela-se o “*como da pesquisa*”. O autor alemão se volta para o estudo do fenômeno a partir de como este se mostra em uma determinada perspectiva. De certa maneira, pode-se afirmar que a preocupação aponta para como se condiciona uma perspectiva. Inevitavelmente, Heidegger recorre à tradição como forma de mostrar que o modo tradicional de ver as coisas pode se encontrar tão naturalizado que já não mais se percebem os desvios e encobrimentos de uma compreensão corrente.

A tarefa da fenomenologia seria “apreender o assunto livre de encobrimentos, superando o ponto de partida. Para isso, é necessário trazer à luz a história desse encobrimento” (HEIDEGGER, 2012, p. 83). A crítica a determinado conceito ou objeto como uma decisão judicial começa por lançar mão do reconhecimento da tradição em que está inserida a compreensão do intérprete. O autor alemão oferece como meio de viabilizar tal labor a desconstrução da tradição. Neste caso, a palavra desconstrução desempenha o papel de retorno à origem de modo a ver o que ocasionou o encobrimento, e como tornou encoberto o que era originário. Há um afastamento do que é mais familiar e natural no modo de tratar cotidiano o fenômeno em questão. Muitas vezes, o encobrimento leva a esquecimentos. Um exemplo disso foi o modo como o ser foi pensado ao longo de toda a ontologia.

A preparação desse caminho em Heidegger recebe o nome de fenômeno. Nestes termos, o caminho de formação de uma perspectiva diante de seus condicionantes que encobrem a manifestação livre do fenômeno se depara com a necessidade de reconhecer que “a interpretação é ela mesma uma interpretação em conformidade em vista de algo” (HEIDEGGER, 2012, p. 84). Se se compreende para interpretar, é preciso reconhecer o tornar consciente do que condiciona a interpretação em seu modo de ver prévio. Isto não é nada mais do que a colocação em movimento da ideia de que a interpretação é fruto de um processo compreensivo que visa tornar evidente os pré-juízos de quem interpreta.

Só que Heidegger não se contenta em apenas fornecer um caminho para o pensamento a partir da fenomenologia. Na obra *Prolegômenos para uma história do conceito de tempo*, há o estabelecimento do princípio da fenomenologia. De certa maneira, o princípio representa o padrão que segue o método fenomenológico. Neste caso, o filósofo alemão mais uma vez esclarece a ideia de a investigação ser considerada fenomenológica.

No dizer do autor, uma investigação é de modo fenomenológico, quando parte da origem do que foi pensado e o demonstra tendo em conta o conteúdo temático do que se vai investigar (HEIDEGGER, 2006, p. 23). De certo modo, se pretende adentrar no contexto que deu origem ao fenômeno e participar da problematização do mesmo, e não simplesmente fazer um apanhado histórico e sistemático do que até então foi discutido. Concebe-se um novo elemento nesta investigação: o tempo, considerado como caminho ou fio condutor de toda a compreensão.

Ao conceber a investigação nestes moldes, a fenomenologia passa a ter um princípio de atuação que orienta o método da investigação proposta, é dizer, em outras palavras, a direção que guia a busca pelo conhecimento (HEIDEGGER, 2006, p. 103). Heidegger o chama de “a las cosas mismas (HEIDEGGER, 2006, p. 103). Neste ponto, é possível, em uma tradução livre, dizer que se trata de “a volta às coisas mesmas”, já que mais adiante, em *Ser e Tempo*, o método fenomenológico é subdividido em três passos e um deles promove o movimento da volta ou, como Heidegger chamou, o passo para trás (*schritt zurück*, em alemão) em *Identidade e Diferença*. Chama-se “a volta às coisas mesmas”, pois, no movimento da volta, se opera contra os encobrimentos dos conceitos tradicionais que condicionam a investigação do fenômeno.

Aduz, ainda, que o princípio da fenomenologia possui duas exigências: investigar demonstrando as coisas com os pés no solo e, por conseguinte, recuperar e assegurar este (HEIDEGGER, 2006). De um lado, se requer um trabalho demonstrativo de qual fundamento estabelece a investigação. De outro, se reclama a necessidade de colocar em descoberto o que sustenta os encobrimentos do fenômeno. A importância do princípio da fenomenologia, “as coisas mesmas”, não é uma mera decorrência lógica de sua construção, mas, sim, no caminho que esta propicia para a investigação. Os contributos da fenomenologia heideggeriana recaem na descrição analítica dos velamentos do fenômeno.

Já fixada a ideia do que significa fenomenologia e seu princípio, Heidegger parte para a definição do sentido originário da palavra fenomenologia. Esta seria composta por duas palavras: fenômeno mais *logia*. De certo que as duas palavras possuem origem grega. Fenômeno seria o que se mostra a si mesmo (HEIDEGGER, 2006, p. 109), ou seja, o ente mesmo que em si mesmo se manifesta (HEIDEGGER, 2006, p. 110). Todavia, fenômeno se diferencia da aparência, já que esta apenas possuiria a pretensão de se fazer manifesta, mas sem o ser realmente (HEIDEGGER, 2006, p. 111). Ela é apenas uma modificação do que se manifesta. Fenômeno remonta a ideia de acontecimentos. Heidegger oferece um exemplo, quando recorre a sintomas de uma doença. Até formar um diagnóstico de uma doença, um médico investiga os fatos pelos quais passou o paciente, e nesta investigação não se pode deduzir de antemão a doença que um paciente venha a ter, é preciso esperar que todos os sintomas sejam descritos. Os sintomas, por sua vez, possuem um caráter remissivo, uma vez que sempre retomam acontecimentos passados que não podendo ser deduzidos de antemão, não revelam de plano a doença a ser investigada, ou seja, esta não se manifesta como evidente já desde pronto. Nestes termos, manifesto é o que faz remissão de algo a algo que não se mostra em si mesmo. Para Heidegger, “a possibilidade do manifesto (em alemão se utiliza a palavra *Erscheinung*) enquanto remissão se funda no verdadeiro fenômeno, quer dizer, no mostrar-se” (HEIDEGGER, 2006, p. 111).

Já quanto ao sentido originário de *logos*, este significa discurso, mais precisamente “discurso acerca de algo” (HEIDEGGER, 2006, p. 113). Segundo Heidegger, no pensar originário dos gregos *logos* significa “tornar manifesto precisamente aquilo acerca de que se discorre, e tal como deve se discorrer acerca dele” (HEIDEGGER, 2006, p. 113). Há uma diferença entre o discurso e sobre o que este discorre, e o tornar manifesto se volta para aquilo que se discorre, eis o papel do discurso.

Levando em consideração a junção destes termos, a fenomenologia desempenha a função de descrever “a maneira como se trata algo e deve tratar-se, em um determinado trabalho de investigação⁴” (HEIDEGGER, 2006, p. 115). A conceituação se dá a partir da junção do significado dos dois termos, que Heidegger nos oferece da seguinte forma:

⁴ No original: el como, la manera como se trata algo, y debe tratarse, en dicho trabajo de investigación.

Enquanto labor de investigação, a fenomenologia é justamente o trabalho de fazer ver pondo a descoberto, no sentido de, com a condução do método, desmontar encobrimentos. O encoberto é o conceito contrário ao fenômeno, e os encobrimentos são precisamente o assunto imediato da reflexão fenomenológica⁵ (HEIDEGGER, 2006, p. 116).

Até então, Heidegger havia realizado a definição do conceito de fenomenologia, estabeleceu seu princípio e do que se tratava. Todavia, não estabeleceu os componentes do método fenomenológico. O elenco destes só vem a surgir com a obra *Os Problemas Fundamentais da Fenomenologia* (1927). No mesmo ano veio a ser publicado *Ser e Tempo* (1927). Neste contexto, o autor alemão já pensa como tematizar o ser diante dos fenômenos da historicidade e da temporalidade. Seu pensamento se defronta com a temática do esquecimento do ser pela metafísica. No estudo que desenvolve da ontologia, o filósofo insere a compreensão do ser diante da sua apreensão e concepção dentro do exercício do método fenomenológico. Sendo assim, a perspectiva fenomenológica se guia em função de um ente, todavia, de maneira que o ser deste ente se desvele e possibilite a sua tematização (HEIDEGGER, 2012).

Nesta, concebe-se o método fenomenológico dotado de três componentes fundamentais em função do caráter metodológico da ontologia. O primeiro deles recebe o nome de redução, o segundo chama-se construção e o terceiro denomina-se destruição.

A redução fenomenológica promove o deslocamento da perspectiva do ente em direção ao ser. O autor expõe:

Para nós, a redução fenomenológica significa a recondução do olhar fenomenológico da apreensão do ente, como quer que uma tal apreensão se determina, para a compreensão do ser desse ente (projetada com vistas ao modo de seu desvelamento) (HEIDEGGER, 2012, p. 37).

Neste componente, opera-se uma recondução do olhar em direção ao que Heidegger chama de ser do ente (ontológico) e não da perspectiva do ente no seu ser (ôntico). Segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, ôntico é “uma atitude tal em relação ao ente, o deixar ser em si mesmo, no que é e como é” (ABBAGNANO, 2003, 727). Ôntico se relaciona com o que é existente em sua

⁵ No original: En cuanto labor de investigación, la fenomenologia es justamente el trabajo de hacer ver poniendo al descubierto, em el sentido de, com la guía del método, desmontar los encubrimientos. Lo encubierto es el concepto contrario a fenómeno, y los encubrimientos son precisamente el asunto inmediato de la reflexión fenomenológica.

multiplicidade. Em contrapartida, ontológico seria o que torna esta multiplicidade do ente viável ou possível. De certa forma, o primeiro componente do método fenomenológico exige uma mudança de perspectiva que só é possível com a distinção entre o como apofântico e o como hermenêutico. Heidegger aprofunda estas noções no livro *Logica a Pergunta pela Verdade* (1951). Por enquanto, é suficiente ter noção de que o como hermenêutico indaga os objetos em função de um “para quê”, levando em consideração as possibilidades de usos dos mesmos em diversos contextos significativos. O como (*als*, em alemão) hermenêutico é chamado de algo-como-algo, e só conhecemos os seus objetos a partir dos seus diversos usos. O como hermenêutico nos fornece a perspectiva de que sempre interpretamos algo já inserido em um conjunto de relações contextuais. Já o como apofântico seria o como (*wie*, em alemão) que pergunta sobre o “acerca de que” dos objetos como mera presença, definindo-os por suas propriedades. Neste caso, se pensam os objetos em função de suas características, que lhe são essenciais. O como apofântico vai em direção ao conjunto de características essenciais que constituem algo. Em verdade, o como hermenêutico se dirige a uma perspectiva ontológica ao perguntar pelas possibilidades de uso do ente, quer dizer, volta-se para o caminho do ser do ente.

O segundo componente do método fenomenológico é chamado de destruição. Esta pode ser compreendida como a forma que Heidegger encontrou para desconstruir os conceitos tradicionais que promovem encobrimentos nos fenômenos. Ele a conceitua como “uma desconstrução crítica dos conceitos tradicionais que precisam ser, de início, necessariamente empregados às fontes das quais eles são hauridos” (HEIDEGGER, 2012, p. 39). Esta desconstrução coloca em perspectiva a autenticidade enquanto revisão crítica dos conceitos que sempre nos foram legados pela tradição e que geraram o velamento do ser do ente.

A destruição só é possível graças ao que Heidegger chamou de diferença ontológica. Esta pode ser caracterizada como a diferença entre o ser e o ente. Todavia, a ideia de diferença como separação ou distinção dos dois não pode ser concebida sem a pertinência mútua de ambos. De certa forma, há uma diferença na identidade, ou seja, os elementos se diferenciam, existe uma identidade na diferença, em outras palavras, ser e ente se relacionam mutuamente, um depende do outro. Mafalda de Faria Blanc nos adverte que: “com efeito, ser significa: - o que o **ente** é; e ente – o que **é**. O ser, bem como o ente, só aparecem , cada um a seu

modo, a partir da diferença que os articula” (BLANC, 2006, p. 42). De certa forma, há uma diferença entre o que se mostra (o ente) como presença, a partir da perspectiva do como hermenêutico, e o que se manifesta ou se apresenta de maneira originária (o ser). Todavia, são reciprocamente considerados.

O último componente da fenomenologia heideggeriana recebe o nome de construção. Esta é definida da seguinte forma: “Nós designamos essa projeção do ente previamente dado com vistas ao seu ser e às suas estruturas” (HEIDEGGER, 2012, p. 37). O terceiro elemento, praticamente, se insere dentro do segundo, uma vez que só é possível realizar projeções, quando se desconstrói os velamentos da tradição. A construção se mostra como uma apropriação do que ficou esquecido em que se sequencia o acesso ao ser e a definição dos seus modos-de-ser a partir do ente. E aduz Heidegger: “o método da ontologia, porém, como método não é outra coisa senão a sequência no acesso ao ser enquanto tal elaboração de suas estruturas. Nós denominamos esse método da ontologia a fenomenologia” (HEIDEGGER, 2012, pp. 475-476)

Como critério de leitura para ler Heidegger, Walter Schulz oferece a possibilidade de “pensar o ser como a subjetividade a ser pensada como ato incapaz de autofundamentação” (SCHULZ, 2000 apud FIGAL, 2005. p. 16). Em contrapartida, Günter Figal oferece outro critério de leitura da obra Heideggeriana, qual seja, a pergunta pelo ser oferece um pensar fora da perspectiva da filosofia da subjetividade. Em seu ponto de vista, Heidegger implementa uma nova concepção de liberdade pensada junto a pergunta sobre o ser, questionando diretamente o problema central da filosofia da subjetividade (FIGAL, 2005, p. 16).

Por último, Heidegger reapresenta em *Ser e Tempo* os esboços do método fenomenológico até então escritos nas obras anteriores. Em *Ser e Tempo*, a perspectiva do uso do método fenomenológico ganha prioridade diante da pergunta pelo sentido do ser. O primeiro elemento do método fenomenológico posto em uso em *ser e tempo* é a redução, mais precisamente no parágrafo quinto. Se a redução reconduz o olhar da apreensão do ente para a compreensão do ser, o único ente capaz de fazer isso é denominado por Heidegger de *Ser-aí* (*Dasein* em alemão). E essa apreensão se dará a partir da temporalidade da compreensão. Quer dizer, a compreensão sempre ocorre dentro de um contexto situacional dado pelo tempo. Em outras palavras:

O Dasein é de tal maneira que, sendo, compreende algo assim como o ser. Sem perder de vista esta conexão, deverá mostrar-se que aquilo desde onde o Dasein compreende e interpreta implicitamente isso que chamamos o ser, é o tempo. O tempo deverá ser exposto a luz e deverá ser concebido genuinamente como o horizonte de toda compreensão do ser e de todo modo de interpretá-lo.⁶ (HEIDEGGER, 2006, p. 41).

O deslocamento da perspectiva do ente em direção ao ser é feito a partir do tempo. A mudança do olhar sob a égide da redução revela um modo de ser temporário do Ser-aí, que Heidegger chama de Historicidade. Esta não é apenas um conjunto de fatos enumerados em ordem cronológica, mas o horizonte que possibilita toda a discussão de uma problemática ao levar em consideração o passado, o presente e o futuro da mesma. Esta, por constituir o Ser-aí, o (in)forma de seu passado, “seu próprio passado – e isto significa sempre o passado de sua geração – não vai detrás do Dasein, mas que já cada vez se lhe antecipa⁷” (HEIDEGGER, 2006, p. 44).

O parágrafo sexto de ser e tempo elenca o elemento da destruição do método fenomenológico. A partir da compreensão da historicidade do Ser-aí, este pode ficar ciente de sua tradição, ou se quer chegar a tematizá-la. Se assim o faz, o Ser-aí pode desvelar o que a tradição lhe transmite e de que modo o faz. Esta tarefa, que assume a tomada de uma consciência histórica do problema da compreensão do ser no tempo, leva a uma constante revisão do que é transmitido pela tradição. Neste ponto, o legado da tradição assume a destruição no papel de superar os velamentos e prejuízos que inviabilizam a compreensão do ser. Neste sentido, Heidegger aponta o papel da Destruição:

Se se quer que a pergunta mesma pelo ser se faça transparente em sua própria história, será necessário alcançar uma fluidez da tradição endurecida, e desfazer-se dos encobrimentos produzidos por ela. Esta tarefa é o que compreendemos como a destruição, feita o fio condutor da pergunta pelo ser⁸ (HEIDEGGER, 2006, p. 46).

⁶ No original: El Dasein es de tal maera que, siendo, comprendo algo así como el ser. Sin perder de vsta esta conexión, deberá mostrar-se que aquello desde donte el Dasein comprende e interpreta implícitamente eso que llamamos el ser, es el tiempo. El tiempo deberá ser sacado a luz y deberá ser concebido genuinamente como el horizonte de toda comprensión del ser y de todo modo de interpretarlo.

⁷ No original: su proprio pasado – y esto significa siempre el pasado de su generación – no va detrás del Dasein, sino que ya cada vez se le antecipa.

⁸ Si se quiere que pregunta misma por el ser se haga transparente en su propia historia, será necesario alcanzar una fluidez de la tradición endurecida, y desharcerse de los encubrimientos producidos por ella. Esta tarea es lo que comprendemos como la destrucción, gecha al hilo de la pregunta por el ser.

Diante da tradição com seus velamentos e endurecimentos, o tempo assume o papel de horizonte da compreensão do ser que acaba por determinar ela mesma. Isto é, a compreensão se dá no tempo e é influenciada por ele. O tempo é capaz de revelar que a compreensão do ser e sua problemática não se dão por um conjunto sucessivo de episódios cronometrados por épocas, mas que toda a compreensão tem um caráter contínuo que se segue até a atualidade. Ao revelar o contexto no qual se inserem as discussões, o que é discutido segue sendo debatido e não apenas classificado, medido e controlado. Assim, todos os participantes de uma discussão podem participar do que se discute nos dias atuais, ao levantar os problemas e soluções em suas épocas.

O sétimo parágrafo de *Ser e Tempo* trata do próprio método fenomenológico na investigação que realiza. Reapresenta o princípio da fenomenologia, “às coisas mesmas”, a definição originária das palavras fenômeno e logos, mas adiciona algo fundamental para toda a investigação: a pergunta pelo sentido do ser. Esta só pode ser tratada de forma fenomenológica. Neste sentido, Heidegger define um conceito originário e genuíno de fenômeno: “Isto que se mostra é, a sua vez, fenômeno como irradiação anunciadora de algo que se *oculta* naquele fenômeno⁹” (HEIDEGGER, 2006, p. 53) *Logos*, por sua vez, é um fazer ver algo na visão de Heidegger. O que de realmente interessa nesta definição é que este fazer ver algo “retira de seu ocultamento o ente de que se fala e fazê-lo ver como desoculto, quer dizer descobri-lo¹⁰” (HEIDEGGER, 2006, p. 56). Esta preparação serve para compreender o que significa para Heidegger a expressão “o ser do ente”.

Agora bem, aquilo que eminentemente permanece oculto ou recai de novo no encobrimento, ou só se mostra dissimulado, não este ou aquele ente, mas sim, como se a mostrado as considerações anteriores, o ser do ente¹¹ (HEIDEGGER, 2006, p. 58).

Heidegger, em *Conceitos Fundamentais*, um curso ministrado no verão de 1941, oferece um exemplo do que se pode compreender pelo ser do ente. O autor recorre à seguinte frase: “O tempo é bom¹²” (HEIDEGGER, 2006, p. 58). Na frase, o

⁹ No original: Esto que se muestra (fenómeno en el sentido genuine y originario) es, a la vez, fenómeno como irradación anunciadora de algo que se oculta en aquel fenómeno.

¹⁰ No original: sacar de su ocultamiento el ente del que se habla, y hacerlo ver como desoculto, es decir descubrirlo.

¹¹ No original: Ahora bien, aquello que eminentemente permace oculto o recae de nuevo en encubrimiento, o solo se muestra disimulado, no es este aquel ente, sino, como lo han mostrado las consideraciones anteriores, el ser del ente.

¹² No original: El tiempo es bueno.

tempo é um ente, bom representa uma disposição do ente. Quanto a esse “é”, ele representaria o modo como o tempo está sendo de alguma forma, ou seja: bom, ruim, feio, bonito, assim ou assado. Neste modo de colocar a frase, se pensou o ser do ente que se chama tempo. Em outras palavras, ao pensar o ente em cada caso e de que modo o é, estamos pensando o ser do ente (HEIDEGGER, 2006). A fenomenologia se ocupa enquanto método de investigação do ser do ente, logo é uma ontologia. A descrição que o método fenomenológico realiza ao longo de seu movimento se torna o que Heidegger chamou de interpretação. Só que a Hermenêutica será “na significação originária da palavra, significação na qual designa o fazer da interpretação¹³” (HEIDEGGER, 2006, p. 60). Em outras palavras, toda a compreensão, seja ela do que for, seja da vida, da história humana, da comunicação de um falante, já está dotada de um fundamento na compreensão que o ser humano tem de si mesmo, quanto ser dotado de um passado que vai a sua frente e um projetar de possibilidades para o futuro, que chama de existência.

A seguir, desenvolvem-se nos próximos tópicos os elementos que propiciam os passos do método fenomenológico heideggeriano. Começa-se pelo giro hermenêutico propiciado em *Ser e Tempo*, passa-se à análise do que Heidegger chamou de como hermenêutico e como apofântico para evidenciar o que ele chamou de enunciação, referenciação, sentido e discurso. Por último, o que significa a diferença ontológica para viabilização da destruição do passo fenomenológico.

No início deste capítulo, foi feita uma pergunta que se convencionou chamar de questão hermenêutica. Sua resposta só pode ser dada agora, a avaliação do limite do sentido de uma compreensão se faz a partir dos passos do método fenomenológico, especialmente diante da destruição, que retira os velamentos da tradição que não nos deixa perceber a autenticidade de nossos pré-juízos. Já o sentido do limite de uma compreensão se avalia quando a consciência da historicidade do ser se faz efetiva.

1.1 O giro hermenêutico e a hermenêutica do giro (Hermeneutic Turn)

O *Hermeneutic turn* foi uma expressão utilizada por Don Ihde, quando este analisou o trabalho de Paul Ricoeur, chamado *Da interpretação: ensaio sobre Freud*,

¹³ No original: en la significación originaria de la palabra, significación en la que designa el quehacer de la interpretación.

mais precisamente quando analisava o capítulo de título epistemologia entre psicologia e fenomenologia. *Hermeneutic turn*, na visão do autor, significa: “a proposta para criar de modo reverso uma consciência da não neutralidade da linguagem em uso¹⁴” (IHDE, 1971, p. 146-147). Esta afirmação provém da percepção que Ricoeur possui do primeiro elemento do método fenomenológico, a redução.

Tornar manifesta esta consciência da não neutralidade da linguagem em uso na obra de Martin Heidegger desenvolve-se diante do que ele chamou de hermenêutica da facticidade.

Em Heidegger, seguindo a esteira de Aristóteles (o ser se diz de muitas maneiras), adentra no giro ontológico a partir da hermenêutica da facticidade. Se antes com Platão para cada ente havia um ser, pós-giro-ontológico há vários modos-de-ser a partir das vivências fáticas ou faticidade.

Faticidade é a designação para o caráter ontológico de nosso ser-aí próprio. Mais especificamente, a expressão significa: esse ser-aí em cada ocasião (fenômeno da ocasionalidade; cf. demorar-se, não ter pressa, ser-aí-junto-a, ser-aí), a medida em que é aí em seu caráter ontológico. Ser-aí no tocante ao seu ser significa: não e nunca primordialmente enquanto objetualidade da intuição e da determinação intuitiva, da mera aquisição e posse de conhecimento disso, mas ser-aí, está aí para si mesmo no como de seu ser mais próprio. O como do ser abre e delimita o aí possível em cada ocasião. Ser – transitivo: ser a vida fática! O ser mesmo nunca é uma possível objetualidade de um ter, na medida em que o ser de si mesmo lhe importa (HEIDEGGER, 2012, p. 13).

A Faticidade permite ao ser humano ser capaz de agir em vista de seu futuro (do que é possível vir a ser), se preferir, da possibilidade. Essa capacidade pode ser chamada de projeto na visão dos existencialistas. E nesse projeto, o ser humano se encontra diante de sua herança cultural (fático¹⁵) (HEIDEGGER, 2012, p. 14), em função do tempo e do lugar a que pertence. São nestes termos que podemos compreender Heidegger, quando afirma: “o conceito de faticidade implica: o estar-no-mundo de um ente intramundano em forma tal que comparece para ele dentro de

¹⁴ No original: “The hermeneutic turn proposes to create in reverse na awareness of the non-neutrality of the language in use.

¹⁵ “Por conseguinte, por fático chama-se algo que é articulando-se por si mesmo sobre um caráter ontológico, o qual é desse modo. Caso se tome a vida como um modo de ser, então, vida fática, quer dizer: nosso próprio ser-aí enquanto aí em qualquer expressão aberta no tocante a seu ser em seu caráter ontológico”.

seu próprio mundo¹⁶” (HEIDEGGER, 2006, p. 82). Considera-se que a faticidade pode ser tida como o modo de se encontrar no círculo hermenêutico. O mais proveitoso não é tentar sair dele ou considerá-lo como um vício, mas, sim, o que torna possível a nossa compreensão diante dos pré-juízos que carregamos.

Como consequência, a faticidade nos fornece uma percepção de nossa situação hermenêutica. Todavia, para ser autêntica, temos que ter consciência histórica da tradição na qual estamos inseridos. Em virtude disso, Heidegger afirma:

Em todo o compreender do mundo está compreendida também a existência, e vice-versa. Ademais, toda interpretação se move na estrutura de prioridade já caracterizada. Toda interpretação que haja de aportar compreensão deve haver compreendido já o que nela se há de interpretar¹⁷ (HEIDEGGER, 2006, p. 176).

Nesta perspectiva, temos que não se interpreta para compreender, mas, sim, que compreendemos para interpretar. A interpretação não seria uma operação que torna inteligível o sentido das coisas para podermos compreendê-las. Já sempre se compreende, porque sempre se está dentro de uma situação hermenêutica. Interpretar é captar as possibilidades da compreensão, diria Richard Palmer (1999). Ocorre o giro hermenêutico a partir do momento que não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar. E mais, ainda como consequência direta, o giro faz ver que toda interpretação só se faz possível quando pressupõe uma compreensão existencial de nós mesmos. Dito de outro modo, só se compreende na medida em que se compreende a faticidade em que estamos inseridos. Compreender não tem nada a ver com o que se torna inteligível para a consciência, mas, sim, um modo-de-ser do Ser-aí que já sempre somos, uma maneira de se comportar. É por isso que Gadamer dirá:

Em realidade não é a história que nos pertence, mas sim que somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de que nós nos compreendamos a nós mesmos na reflexão, estamos nos compreendendo já de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma faísca na corrente fechada da vida histórica. Por isso, os

¹⁶ No original: El concepto de facticidad implica: el estar-en-el-mundo de un ente intramundano, en forma tal que este ente se pueda comprender como ligado en su destino al ser del ente que comparece para él dentro de su propio mundo.

¹⁷ No original: En todo comprender del mundo está compreendida también la existencia y vice-versa. Además, toda interpretación se mueve en la estructura de prioridade ya caracterizada. Toda interpretación que haya de aportar comprensión debe haber comprendido y a lo que em ella se há de interpretar.

prejuízos de um indivíduo são, mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser¹⁸ (GADAMER, 2007).

Não é possível separar quem somos da compreensão que temos. O papel da interpretação é exatamente evidenciar o que torna possível essa compreensão de nós mesmos. Por isso que Heidegger afirma: “o cumprimento das condições fundamentais de toda interpretação exige não desconhecer de início as essenciais condições de sua realização¹⁹” (HEIDEGGER, 2006, p. 176). A essencial condição de realização de uma interpretação se faz de modo a não permitir que os prejuízos de nosso cotidiano, do senso comum e da ignorância passem despercebidos da compreensão prévia que se tem das coisas.

A interpretação do *hermeneutic turn* mostra que quando se conta uma história, já se está desde sempre dentro dela, pois, para contar uma história, tem que haver uma compreensão da mesma, o que se faz é dar a própria visão da história contada, o que acarreta de forma ontológica a consciência da não neutralidade da linguagem em uso, por ser toda compreensão que temos de algo, ser uma forma de autocompreensão de nós mesmos. Ao pensar desta forma, a hermenêutica se torna o fazer da interpretação que evidencia a possível compreensão da historicidade do ser humano. Quando há noção de que se compreende para interpretar, não é possível estabelecer uma prescrição de como se deve realizar uma interpretação, quer dizer, não há como identificar regras para compreender textos corretamente eliminando o conflito de sua interpretação. Não há regras ou métodos capazes de conformar uma interpretação (STRECK, 2012).

1.3 O como da compreensão e a compreensão do como – a estrutura do sentido e o sentido da estrutura

Compreender a distinção que Heidegger faz do como hermenêutico em face do como apofântico é fundamental para entender o movimento da redução do

¹⁸ No original: En realidad o es la historia la que nos pertenece, sino que somos nosotros los que pertenecemos a ella. Mucho antes de que nosotros nos comprendamos a nosotros mismos em la reflexión, nos estamos comprendiendo ya de una manera autoevidente em la familia, la sociedad y el estado em que vivimos. La lente de la subjetividade es un espejo deformante. La autorreflexión del individuo no es más que una chispa en la corriente cerrada de la vida histórica. Por eso los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser.

¹⁹ No original: el cumplimiento de las condiciones fundamentales de toda interpretación exige no desconocer de partida las esenciales condiciones de su realización.

método fenomenológico. O como hermenêutico retrata a estrutura prévia da compreensão. Na distinção dos “comos”, opera-se a mudança de perspectiva da apreensão do ente em direção à compreensão do ser. É fundamental a percepção de que o como hermenêutico se volta para o sentido da interpretação e não para a interpretação do sentido. O como hermenêutico pergunta pelo porquê, de que maneira o sentido assumiu a forma que assumiu. Como o sentido se deixou ser em determinada interpretação. A interpretação do sentido atenta para como o sentido foi interpretado. Um exemplo disso está no estruturalismo:

Ali durante muito tempo e ainda hoje o estruturalismo apela para este recurso: estuda a estrutura do sentido, como o sentido se estrutura desse ou daquele modo. No fundo, isso é o discurso apofântico, lógico que aplicamos no universo da antropologia, da linguística, etc. Mas se invertermos os termos e estudarmos, ao invés da estrutura do sentido, *o sentido da estrutura*, perguntamos, porque é que a estrutura que assim aparece coagulou em si o sentido, por que o sentido só aparece na estrutura? (STEIN, 1996, p. 29).

O como apofântico se relaciona com o enunciado, recai sobre como o sentido se estrutura. Basta decompor o sentido no qual se encontra a forma lógica que o organiza. O como hermenêutico, por sua vez, pergunta sobre a compreensão que se tem de algo. Esta discussão tem lugar devido à pergunta de como o sujeito do conhecimento possui acesso aos objetos do conhecimento? A resposta para isso surge quando se percebe que os sujeitos se relacionam com objetos do mundo a partir da mediação do sentido (STEIN, 1997). O acesso só se dá de forma indireta, só se conhece o que se fala sobre os objetos. É por isso que Heidegger afirmará:

O que não tem nada de surpreendente, si pensamos faticamente nossas atuações estão em todos os casos atravessadas de enunciados, que sempre se levam a cabo com certa expressão. De fato, o certo é que nossas percepções e nossos estados constitutivos mais simples e diretos já são expressos, ainda mais, estão em certo modo interpretados. Não é tanto que primeiramente vejamos os objetos e as coisas, mas sim que antes de nada falamos delas; mais exatamente, não falamos do que vemos, mas sim, ao contrário, vemos aquilo que se fala²⁰ (HEIDEGGER, 2006, p. 80).

²⁰ No original: lo que tiene nada de sorprendente, si pensamos que fácticamente nuestras actuaciones están em todos los casos atravesadas de enunciados que siempre se llevan a cabo com certa expresión [in bestimmter Ausdrücklichkeit]. De hecho lo cierto es que nuestras percepciones y nuestros estados constitutivos más simples y directos son ya expresos, aún más, están em certo modo interpretados [interpretiert]. No es tanto que primariamente veamos los objetos y las cosas, sino que antes de nada hablamos de ellas; más exactamente, hablamos no de lo que vemos, sino que, al revés, vemos aquello de lo que se habla.

O que Heidegger tenta mostrar é no interior de todas as relações do conhecimento já encontramos um mundo interpretado. Em *Ser e Tempo* Heidegger mais uma vez reitera sua posição: “Ademais, toda interpretação se move na estrutura de prioridade já caracterizada. Toda interpretação que haja de aportar compreensão deve haver compreendido já o que nela se há de interpretar.²¹” (HEIDEGGER, 2006, p. 176). E por assim ser, o acesso aos objetos se dá no interior de relações já interpretadas, ou seja de forma indireta, e se dá pela mediação do sentido. A linguagem não é algo que se interpõe entre o sujeito e o objeto da teoria do conhecimento, não é um instrumento do conhecimento, mas sim, a própria condição de possibilidade do conhecimento, ela é constitutiva do mesmo, diria Lênio Streck (STRECK, 2011).

Compreender algo passa a ser um esforço que se divide na compreensão do enunciado e a situação existencial na qual este está inserido, isto é, o seu contexto. Não é por acaso que Heidegger estabelece o conceito de *logos* como discurso que torna manifesto acerca do que se discorre e tal como se discorre, tanto em *Ser e Tempo* como em *Prolegômenos* para uma história do conceito do tempo. No conceito originário de *logos* está o como apofântico sobre o que se discorre diante do enunciado e o como hermenêutico ao compreender como se discorre a compreensão prévia.

Nesta esteira, Heidegger irá conceituar o discurso como a articulação da habilidade de compreender (HEIDEGGER, 2006). E a sua base é dada pela interpretação e pelo enunciado. E ademais complementa, o que se articula na interpretação mais originariamente dentro do discurso é chamado de sentido.

Sentido é aquilo no que se move à habilidade de compreender de algo. Sentido é articulável na abertura da compreensão. O conceito de sentido abarca a estrutura formal do que pertence necessariamente no que é articulável pela interpretação do compreender. Sentido é o horizonte do projeto estruturado pelo ter-prévio, a maneira prévia de ver e a maneira de entender prévia, horizonte desde o qual algo se faz compreensível enquanto algo.²² (HEIDEGGER, 2006, p. 175)

²¹ Además, toda interpretación se mueve em la estructura de prioridade ya caracterizada. Toda interpretación que haya de aportar comprensión debe haber comprendido y alo que em ella se há de interpretar.

²² Sentido es aquello em lo que se muestra la comprensibilidad de algo. Sentido es lo articulable en la apertura comprensora. El concepto de sentido abarca la estructura formal de lo que pertenece necesariamente a lo articulable por la intepretación comprensora. Sentido es el horizonte del proyecto estructurado por el haber-prévio, la manera previa de ver y la

Percebe-se do modo como Heidegger define o sentido, que ele oferece uma resposta perante a tradição metafísica que (in)formou o seu fundamento. Segundo Streck, na metafísica clássica, os sentidos residiriam nas coisas, já que nelas há uma essência (STRECK, 2012). O sentido estaria nos objetos diante da teoria do conhecimento. Todavia, na metafísica moderna, de base cartesiana, perceber que se está percebendo ou, como preferir, a consciência de si do pensamento pensante é que funda o sentido, quer dizer, é a subjetividade é que fundamenta o sentido. Na mesma linha segue Günter Figal (FIGAL, 2005), quando afirma que a consciência passa a ser a pressuposição ontológica em função da qual a realidade pode se anunciar. O sentido dependerá diretamente do que a subjetividade disser que é. Em Heidegger, há um novo elemento que não remete para além da linguagem a referência do sentido. Este elemento é a historicidade. Segundo Ernildo Stein, o sentido não é analisado em um sistema fechado de referências, mas ao nível da historicidade. Disso resulta que a interpretação não arranca o significado de algum objeto como o texto, nem muito menos busca o que se passa na consciência do intérprete diante de algum elemento psicológico. Pelo contrário, interpretar algo é reconhecer “algo-como-algo”, é dar sequência à historicidade do entendimento dentro de um círculo de constante revisão de pré-juízos. Não é por acaso que Heidegger relaciona a interpretação do “algo-como-algo” como essencialmente fundada em um haver prévio, em uma maneira prévia de ver e uma maneira de entender prévia (HEIDEGGER, 2006). Corrobora de sua posição Emerich Coreth (CORETH, 1973), porém, para ele o “algo-como-algo” se funde em um projeto prévio de uma totalidade de sentido. Ademais, “sentido é o... para onde do projeto a partir do qual uma-coisa-como-uma-coisa se torna compreensível” (CORETH, 1973, p. 84). Interpretação e compreensão caminham juntas às possibilidades interpretativas dentro de uma compreensão recebem também o nome de sentido.

Toda interpretação se funda no compreender. O sentido é o articulado na interpretação e o esboço como articulável no compreender. Na medida em que o enunciado (o juízo) se funda no compreender e representa uma forma derivada de levar-se a cabo a interpretação, ele também tem um sentido. Porém, o sentido não

pode ser definido como algo que se encontra no juízo, no ato de julgar²³ (HEIDEGGER, 2006, p. 177).

Mais uma vez Heidegger se volta contra a filosofia da subjetividade, pois esta, segundo o autor alemão, recorre à tese de que o autêntico lugar da verdade, o juízo, é a proposição (HEIDEGGER, 2006). Só que “o ser-verdadeiro, o desvelamento, não está assentado originariamente no *logos* (na proposição). Mas se ele não está assentado originariamente no *logos* (na proposição), onde ele está então?” (HEIDEGGER, 2012, p. 213). E Heidegger responde esta pergunta na obra *A essência do fundamento*. Para responder esta indagação, Heidegger inverte a relação entre a verdade e a proposição, especialmente quando afirma: “a proposição não é o lugar da verdade, mas sim que a verdade é o lugar da proposição²⁴” (HEIDEGGER, 2006, p. 113). Isto quer dizer que a crítica feita ao sentido de seu fundamento está no intelecto ou nas coisas, também se estende à verdade e ao modo como se compreende uma proposição. A compreensão de uma proposição também requer compreensão existencial em sua familiaridade com o mundo. Heidegger mais uma vez recorre ao caráter prévio da compreensão e a necessidade da familiaridade do contexto existencial. O como apofântico trabalha a estrutura do sentido, tal como os estruturalistas, recorre a sua interpretação. Nele estão a dimensão lógica do discurso e sua explicação. Todavia, o como apofântico apontava até então para um fundamento ora baseado na essência das coisas ou na consciência do sujeito pensante cartesiano. Todavia, Heidegger aduz: “o enunciado e a estrutura do enunciado, equivale dizer, o enquanto apofântico estão fundados na interpretação e na estrutura da interpretação, isto é, no enquanto hermenêutico²⁵” (HEIDEGGER, 2006, p. 243). Isto quer dizer que a interpretação do sentido se funda no sentido da interpretação, enquanto a primeira é o como apofântico e a segunda o como hermenêutico. Não por acaso, Heidegger ultrapassa a concepção platônica entre o mundo sensível e inteligível. Streck afirma que a partir de Heidegger sensível

²³ No original: toda interpretación se funda en el comprender. El sentido es lo articulado en la interpretación y lo bosquejado como articulable en el compender. En la medida en que el enunciado (o juicio) se funda en el comprender y representa una forma derivada de llevarse a cabo la interpretación, él también tiene un sentido. Sin embargo, el sentido no puede ser definido como algo que se encuentra en el juicio, junto con el acto de juzgar.

²⁴ No original: la proposición no es el lugar de la verdad, suno que la verdad es el lugar de la proposición.

²⁵ No original: el enunciado y la estructura del enunciado, vale decir, el en cuanto apofântico, están fundados em la interpretación y em la estructura de la interpretación, esto es, en el cuanto hermenêutico y, más originariamente aún, en el comprender y em la aperturidade del Dasein.

passa a ser o sentimento de situação de estar jogado no mundo, e inteligível é a compreensão prévia (STRECK, 2006). Não existe mais a necessidade de construir uma ponte entre o mundo sensível e o inteligível. A ontologia fundamental do Dasein, o caráter prévio da compreensão, a linguagem, enquanto constitutiva do ser, e o giro hermenêutico ultrapassam a dicotomia sensível e inteligível.

Como exemplo da compreensão do como apofântico e do como hermenêutico, Heidegger oferece o ensaio. O tempo da imagem de mundo, presente em Caminhos da floresta.

Quando meditamos sobre a modernidade, perguntamos pela imagem do mundo moderna. Caracterizamos-la através de uma demarcação contra a imagem do mundo medieval e antiga. Mas porque perguntamos, na interpretação de uma era histórica, pela imagem do mundo? Terá cada era da história a sua imagem do mundo, e isso no sentido de que, em cada caso se esforçou pela sua imagem do mundo? Ou perguntar pela imagem do mundo é, já e apenas, o modo moderno de representar? (HEIDEGGER, 1998, p. 113).

A imagem do mundo é o mundo concebido como imagem “acerca de” algo na imagem. Esse “acerca de” informa a referência ao modo como uma época pensa a sua imagem. Quer dizer, a lógica que reside e informa o pensar de uma época trata do como apofântico; a lógica dos gregos era pensada enquanto homem que percebe o ente; a lógica medieval parte do conhecer a partir da palavra revelada pelo Cristo e das autoridades que a anunciam; na modernidade o homem representa o próprio ente, a partir da consciência pensante. Cada época teve sua própria lógica, seu *standard* de racionalidade, como aduz Ernildo Stein (STEIN, 2004). O papel da fenomenologia não é identificar um novo *standard* de racionalidade, mas o que era encoberto pelos mesmos. Esse mostrar supera toda questão extrínseca de fundamentação de um discurso que não mais reside na essência dos objetos, o sentido do texto está nele mesmo, nem na subjetividade do intérprete, em que o que prevalece é a vontade de quem interpreta.

1.3 A diferença ontológica

O que de melhor o método fenomenológico heideggeriano oferece se chama destruição. A fenomenologia heideggeriana, na visão de Ernildo Stein, oferece uma interpretação da historicidade do significado. No método fenomenológico, a interpretação realiza uma revisão crítica do legado da tradição, por meio da

linguagem e como destruição e revolvimento do “chão linguístico” da tradição metafísica (STEIN, 1983). Nesta, a investigação de como as coisas se dão oferece uma atualização do assunto ao longo da história. A própria força da volta à origem do pensar originário da investigação empreende uma desconstrução do que é investigado. Todavia, a investigação revela desvios, encobrimentos, um legado que a tradição o relegou até o presente. O papel da fenomenologia, enquanto método de investigação, é apreender o que se investiga livre dos velamentos, provoca um remontar da tradição que só pode ser feita desconstruindo o que causou os encobrimentos e desvios.

A destruição como passo fenomenológico só se viabiliza quando do estudo da diferença ontológica. No dizer de Gunter Figal, diferença é o relacionamento entre fenômeno e aparição como diversidade no mesmo âmbito, pois ser significa ser possível e o Ser-aí aberto para compreensão da abertura do ente. Na medida em que o ser se torna um fenômeno, aparição é a maneira que o possível tem sua realização. A realidade é realidade do possível (FIGAL, 2005). A diferença se faz entre o ser e o ente, mais precisamente do ponto de vista ontológico, em função do que torna multiplicidade do ente possível.

Como na expressividade dessa diferenciação entre ser e ente os dois diferenciados se destacam mutuamente, o ser torna-se neste caso tema possível de uma concepção (*logos*). Por isso, denominamos a diferenciação expressamente realizada entre ser e ente a diferença ontológica (HEIDEGGER, 2012, p. 463).

Em *Ser e Tempo* o homem está constantemente referenciado ao seu ser como a sua possibilidade mais própria. Gianni Vattimo mostra como o homem e a possibilidade caminham juntos. O homem como sua possibilidade mais própria tem seu modo-de-ser compreendido como possibilidade, não é a essência quem o define, mas a existência. Neste aspecto, Mafalda de Faria Blanc apresenta o verbo ser como uma ação pura como tal, que os demais verbos ou ações pressupõem. Nesta acepção, o verbo ser é empregado como verbo entitativo significando existir. Já o ente em seu significado no particípio significa existente em ato, o sujeito lançado em sua facticidade (BLANC, 2006). O ser e o ente, apesar de juntos e não poderem ser concebidos de forma separada, nem por isso deixam de se diferenciar, na diferença ontológica ocorre a sua articulação. Ser e ente existem como diferentes a partir do mesmo, “a verdade ôntica e ontológica referem-se, de modo diverso respectivamente, ao ente no seu ser e ao ser do ente em sua diferença ontológica.

São essencialmente solidárias, em razão da sua referência, a diferença entre ser e ente” (HEIDEGGER, 2004, p. 27).

A viabilização do pensar do ser do ente se faz por meio da diferença ontológica. Heidegger retira a força do seu pensar originário, daquilo que foi esquecido pela tradição: o pensamento do ser. Para isso, se vale do que chamou de passo para trás (*schritt zurück* em alemão).

Passo atrás não significa um passo isolado do pensar, mas sim o modo de movimento do pensar e um largo caminho. Na medida que o passo atrás determina o caráter de nosso diálogo com a história do pensamento ocidental, conduz em certo modo o pensar fora do que até agora há sido pensado na filosofia. O pensar retrocede ante seu assunto, o ser, e com ele, leva o pensado a uma posição contrária que nos permite contemplar o conjunto desta história, ao preparar-lhe o âmbito que vai ocupar, e em concreto desde a perspectiva do que se constitui em fonte de todo esse pensar²⁶ (HEIDEGGER, 1990, p. 113).

Na diferença ontológica, ocorre o reconhecimento da vigência do sentido trabalhado por Heidegger, e que desde o passo da redução fenomenológica é preparado. De certa forma, é o retorno às coisas mesmas, princípio da fenomenologia heideggeriana. Isso só se faz a partir do reconhecimento do “como” hermenêutico. Um exemplo disso está na relação entre texto e norma. Juntos se essencializam, mas não se confundem. O encontro da facticidade com o texto reside na norma, diria Lênio Streck (STRECK, 2013). Streck estabelece que há uma diferença entre texto e sentido de texto, que recai na capacidade de leitura do texto que não se faz num plano metafísico abstrato, só se viabiliza com a diferença ontológica (STRECK, 2012). O método fenomenológico se revela o mais apropriado para investigação dos critérios de leitura, ou como queira, de interpretação de um texto. Nesta perspectiva, se está de acordo com Ronald Dworkin, afasta-se o risco de um ceticismo externo, quer dizer, o risco de uma visão pós-moderna de que nossas interpretações são permeadas por “convicções mais seguras sobre o que é certo ou errado, são apenas emblemas de ideologia, meros símbolos de poder, meras regras dos jogos locais de linguagem que jogamos” (DWORKIN, 2012). Os

²⁶ No original: Paso atrás no significa un passo aislado del pensar, sino el modo de movimiento del pensar y um largo caminho. En la medida que el passo atrás determina el carácter de nuestro diálogo con la historia del pensar occidental, conduce en cierto modo al pensar fuera de lo que hasta ahora há sido pensado en la filosofía. El pensar retroceante su assunto, el ser, y con ello, lleva lo pensado a una posición contraria que nos permite contemplar el conjunto de esta historia, al prepararle el ámbito que va a ocupar, y em concreto, desde la perspectiva de lo que se constituye em fuente de todo esse pensar.

pós-modernos reverenciam a possibilidade de diversas leituras sem a preocupação do critério que estas possam vir a ter em suas interpretações conflitantes, reverenciam a epifania do tanto faz, na qual todas as leituras são possíveis e as verdades são relativas. Todas as verdades partiriam da própria subjetividade que melhor construísse a visão de mundo a ser adotada ou imposta por alguma autoridade.

O uso do método fenomenológico investiga o ativismo judicial em suas mais diversas formas e modelos de compreensão. Tais modelos reverenciam práticas interpretativas que há muito são debatidas na hermenêutica jurídica. O que significa que discutir o ativismo é o mesmo que estabelecer um debate sobre quais práticas interpretativas entram em disputa para saber o que faz uma decisão ser ativista. Do mesmo modo que pensamos o ente em cada caso, e se é o modo pelo qual é, pensaremos assim o ser do ente. Faz-se o mesmo com o ativismo, em cada caso e se o é, o modo pelo qual é. O modo pelo qual uma postura ativista se constitui é por meio das práticas interpretativas. Assim, pensamos os modos de ser do ativismo judicial. O papel da investigação é, sobretudo, revelar os prejuízos e os pré-juízos das práticas interpretativas que reverenciam uma decisão como ativista. O método fenomenológico fornece um novo caminho, fora da eterna busca da consciência subjetiva do intérprete, por meio da historicidade na qual compreender o que nos lega a tradição necessita de uma interpretação que (re)conheça o sentido vigente de um texto (GADAMER, 2007). Cada vez que o sentido vigente for modificado sem razões suficientes e sem possibilidade de sua continuidade, revela-se um pouco da subjetividade de uma decisão ativista. A historicidade se torna o fio condutor de um diálogo com a tradição e em sua coerência e integridade do sentido vigente fornece um critério de verdade, como desvelamento do ser, e não como correspondência, por isso é tão importante perceber que existe identidade em uma diferença que se chama ontológica.

CAPÍTULO 2 – AS PRÁTICAS INTERPRETATIVAS TRADICIONAIS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Primeiramente, o segundo capítulo se mostra necessário como meio de estabelecer um diálogo com a historicidade do sentido da interpretação, o que é fundamental para identificar como as práticas interpretativas no direito se formaram, especialmente para compreender o que faz ser uma decisão ativista. Seu objetivo é interpretar as práticas interpretativas das escolas de hermenêutica jurídica, para que possa servir de meio ao analisar a interpretação feita em uma decisão de caráter ativista, em função do tratamento do texto legal. Ao longo da exposição das escolas, visa-se estabelecer um diálogo com a historicidade das soluções propostas para o problema da interpretação no direito. Comparte-se da visão de Ronald Dworkin em que cada em uma delas se desenvolve uma tentativa sobre um modo de ler o Direito da melhor maneira possível (DWORKIN, 2001).

Considera-se que ao analisar as diversas Escolas Hermenêuticas enquanto tentativa de uma construção metodológica para o Direito, realiza-se um relacionamento entre o problema de interpretação do Direito e as questões de fundamentação das decisões judiciais a partir dos critérios de validade da interpretação de cada escola hermenêutica. Tal empreendimento serve também como caminho para analisar se uma decisão é ativista ou não, e verificar a hipótese deste trabalho.

Neste aspecto, é de bom alvitre não perder de vista a tarefa da Hermenêutica “no” Direito. Em Gadamer, seguindo o que foi tratado em *Ser e Tempo*, aprende-se que existe uma necessidade de mediação compreensiva da aplicação originária da lei com seu contexto atual. Há uma exigência de compreender o texto, e tal empreendimento se faz mediante interpretação que consiste na concretização da lei em sua aplicação (GADAMER, 2007). Concretização é definida por Karl Engisch: “concretização do direito significa, portanto, orientação do direito ao real, não simplesmente, como basta até agora, imposição do direito a realidade e tendência a uma realidade a estruturar”²⁷

²⁷ No original: Concreción del derecho significa por tanto orientación del derecho a lo real, no simplemente, como hasta ahora, imposición del derecho a realidade y tendencia a una realidade a estructurar.

(ENGISCH, 2004)”. Orienta-se o direito às questões da faticidade, um texto só se compreende na situação concreta a que se refere, a historicidade é sua referência.

A crítica a ser feita ao positivismo, seja de caris exegético ou normativista, resulta da sua incapacidade em saber lidar com o problema levantado por Thomas Vesting, ou seja, da irreversibilidade do tempo, como repetir o mesmo sentido em uma outra situação.

O positivismo jurídico-científico operava com a suposição (plausível em sua época) de que os contextos em transformação da interpretação, o ambiente do sistema jurídico, poderiam ser disciplinados por um método destituído de temporalidade, garantidor de conhecimentos verdadeiros (VESTING, 2015, p. 226).

A melhor crítica ao positivismo não se faz indagando de seu esquecimento a adaptação ao meio social. Pelo contrário, foi graças a sua tentativa de empreender uma resposta a esta que se pode notar a falta de temporalidade em sua resposta. Nela não se levou em consideração a historicidade dos problemas que o sentido da interpretação suscitou ao longo do tempo. Assim também entende Franz Wieacker: “Os grandes períodos da história jurídica foram sempre constituídos por épocas nas quais a imagem do direito dos juristas estava consciente ou inconsciente em consonância com a imagem da sociedade dominante de seu tempo” (WIEACKER, 2004, p. 716). A cada imagem do direito se tentava constituir um método seguro que colocasse ordem aos problemas de uma época. Todavia, uma resposta a uma pergunta desta envergadura não pode ser construída sem estabelecer um diálogo com as soluções apresentadas em cada época com a qual o Direito se deparou.

Em verdade, o tempo da imagem do direito de cada época pode servir de guia para revelar os pressupostos de interpretação no uso de cada metodologia das escolas, como meio de solução dos problemas interpretativos que a época suscitava. Desde os primórdios, duas ideias servem como perguntas para guiar o caminho das respostas. A primeira em relação à capacidade de identificar critérios ou dados no texto jurídico, ideia presente em Christian Wolff, cujo raciocínio é o fio condutor de tudo, pois todo direito deriva de uma lei, seja natural ou posta (WOLF, 1758). A segunda é em relação a sua capacidade de adaptação do direito às necessidades da vida, que os romanos chamaram de *interpretatio* (IHERING, 2011). Pode-se dizer que essas duas ideias guiaram as práticas interpretativas ao longo do tempo das imagens das leituras do Direito.

2.1 Escola da exegese e a exegese da escola

A Escola da Exegese teve como principais pontos a doutrina do culto a lei, esta era a única fonte possível para formação de um critério decisório no qual direito era entendido como texto, a vontade do legislador como critério de validade das interpretações para conter o arbítrio da interpretação dos juízes. A Escola da Exegese tinha como meio evitar que o intérprete aplicasse o direito a sua maneira à vontade do legislador, em verdade: “um texto não vale nada por si mesmo, mas sim unicamente pela intenção do legislador que se considera traduzida por aquela, em realidade o Direito positivo se estrutura nesta intenção²⁸” (BONNECASE, 1944, p. 144). De certo que a vontade do legislador servia de meio para impor a ideologia francesa recém-chegada ao poder, mas enquanto justificativa para a prática interpretativa, servia para controlar o arbítrio dos juízes.

O contexto em que se insere a Escola, segundo Castanheira Neves (NEVES, 2010), admite os pressupostos do jusnaturalismo iluminista, com base em um legalismo corporificado em uma codificação, que seria o código civil de Napoleão. O Direito entendido como texto era reconhecido apenas do que emanava legitimamente de uma assembleia legislativa. Mas o Código de Napoleão não foi só uma tentativa de positivação do direito natural, mas também atualização do Direito que se tinha na época. Assim nos informa Proudhon:

Os autores desta imortal obra inspirando-se as vezes no Direito Romano, nas disposições mais sábias de nossos antigos costumes, e outros em sublimes concepções, criaram regras que se haviam escapado aos legisladores anteriores, não é pois, nem a tradução do Direito Romano, nem o produto do Direito consuetudinário, nem uma lei nova em todas as partes, mas sim um corpo inteiramente novo composto das máximas mais sábias, umas, novamente concebidas, outras, já consagradas pela experiência, todas coordenadas com método e encadeadas e um sistema conveniente a nosso estado político atual.²⁹ (PROUDHON, 1809, p. 129)

²⁸ No original: um texto no vale nada por sí mismo, sino unicamente por la intención del legislador que se considera traducida por aquel; em realidad el Derecho positivo se estructura en esta intención.

²⁹ No original: Les auteurs de cet immortel ouvrage ont puisé tantôt das le Droit romain, tantôt das les dispositions les plus sages de nos anciennes coutumes; et tantôt, par de sublimes conceptions, ils ont créé des règles qui avaient échappé aux législateurs que les ont précédés: ce n'est donc ni la traduction du Droit romain, ni le produit du Droit coutumier, ni une loi nouvelle das toutes ses parties; mais un corps entièrement neuf, composé des maximes les plus sages, les unes nouvellement concues, les autres déjà consacrées par

Nas inspirações do Código de Napoleão, e o modo como estas foram conciliadas diante da conveniência do estado político atual, revela-se o modo como o Direito foi adaptado às necessidades da época. Como também, assevera a necessidade de conceber o código de Napoleão como independente dos juízos legado por uma tradição do direito romano e dos costumes da época. Tudo em prol de encontrar a vontade do legislador. Todavia, adverte Aubry e Rau, que nem sempre a vontade do legislador tinha um sentido claro na lei em função de termos vagos ou indeterminados, ou apesar de sua redação clara não expressava a princípio a vontade do legislador. A primeira se resolvia com a interpretação gramatical e a segunda com a interpretação lógica.

Comumente se chama a interpretação gramatical a que tem por objeto determinar o verdadeiro sentido de um texto obscuro ou incompleto, recorrendo para isso aos usos da língua e das regras da sintaxe, se opõe a ela a interpretação lógica e dentro desta expressão, compreendemos todos os demais procedimentos interpretativos.³⁰ (PROUDHON, 1809, p. 130).

Nesta passagem, ressalta-se a importância do método gramatical para resolver as imprecisões que a linguagem suscitava, de modo que tal forma de proceder foi o meio encontrado para resolver o problema da imperfeição da linguagem. Nesta passagem, tem-se a razão pela qual se utilizava o método gramatical na época de sua formação. Já, por conseguinte, a interpretação lógica era tratada da seguinte forma:

1) A comparação do texto por interpretar com as demais disposições legais relativas a mesma matéria, ou a matérias análogas. 2) A investigação dos motivos, ou do objeto da lei, nos trabalhos preparatórios a sua redação, ou no direito anterior. 3) A apreciação das consequências a que conduziria uma aplicação extensiva ou restritiva da lei (AUBRY, 1869, p. 130).

Ao se colocar no modo de pensar de um exegeta da época, não há dúvida que a linha mais segura seria a primeira opção da interpretação lógica, interpretar o código a partir dele mesmo. Ademais, aduzem Aubry e Rau que apreciação das consequências só seria feita em último caso, para evitar uma iniquidade na

l'expérience; toutes coordonnées avec méthode, et enchanées dans un système convenable à notre état politique actuel..

³⁰ No original: On appelle communément interprétation grammaticale, celle que s'attache à déterminer le véritable sens d'un texte obscur ou incomplet, en s'aidant des usages de la langue et des règles de la syntaxe. On y oppose l'interprétation logique, en comprenant sous ces expressions tous autres procédés d'interprétation

aplicação levando a uma inconseqüência flagrante. Na busca da vontade do legislador, a interpretação é conceituada por Demolombe:

Em teoria, interpretação, é a explicação da lei. Interpretar é descobrir, elucidar o sentido exato e verdadeiro da lei. Não é trocar, modificar ou inovar. É declarar, reconhecer. A interpretação pode ser mais ou menos engenhosa e sutil; ela pode as vezes atribuir ao legislador intenções que não tinha..., melhores ou menos boas; mas enfim, não ter a pretensão de inventar; ao contrário ela não seria mais interpretação.³¹(AUBRY, 1869, 15)

A interpretação pela busca da vontade de uma autoridade que cria a lei se reduz na busca pelo cumprimento da ordem nos estritos moldes em que foi pensada. Em verdade, o sentido que se devia dar às proposições jurídicas decorria diretamente da vontade do legislador, em tese primeiro se decidia o que o legislador quis dizer e só depois se decidia se o sentido “encontrado” no texto era suscetível de alguma relevância para o Direito. Por último, afirma Bonnet (1944) que o legislador como ente infalível, por prever todas as hipóteses dos contextos sociais, se coloca de certa forma como responsável pela conciliação entre o Direito e a vida social.

2.2 Escola histórica – o historicismo da escola e a escola do historicismo.

Castanheira Neves (2010) aduz que o contexto desta escola se insere dentro do romantismo alemão. Assume expressão a dimensão histórica do conhecimento, especialmente diante de tal princípio que se inseriu na compreensão geral da cultura que se vivia na Alemanha. De fato, foi uma reação ao modo de compreender o Direito tal qual a Escola da Exegese o fez. Teve como seu maior expoente Friedrich Carl Von Savigny.

A primeira vez que Savigny tratou dos contornos desta escola foi no ensaio intitulado Escola Histórica na ciência do Direito (Die Historische Schule in der Rechtswissenschaft). Ele se fez a seguinte pergunta: “Em que relação está o

³¹ No original: En théorie, l'interprétation, c'est l'explication de la loi; interpreter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pass..., meilleures ou moins bonnes; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé; autrement, elle ne serait plus de l'interprétation. Ibidem. p. 156.

passado com o presente, o porvir com o ser?³² (SAVIGNY, 1908, p. 13). O modo como Savigny responderá a esta resposta definirá todo o seu percurso de construção de sua prática interpretativa. Neste ponto, a pergunta pode suscitar dois caminhos para ser respondida. O primeiro, em clara alusão ao racionalismo-iluminista, afirma que cada idade e geração produziram livremente sua vida e organização social. O segundo trata da continuidade que cada geração dá à tradição, equilibrando o que é legado pelo passado às exigências de sua época.

A escola histórica admite que a matéria do direito está dada por todo o passado da nação; mas não de uma maneira arbitrária e de tal modo que pudesse ser esta ou outra dada acidentalmente, mas sim como procedendo a íntima essência da nação mesma e de sua história. Depois, cada tempo deverá encaminhar sua atividade para examinar, rejuvenescer e manter fresca esta matéria nascida por obra de uma necessidade interna³³ (SAVIGNY, 1908, p. 16).

Em verdade, a mediação compreensiva da aplicação originária da lei com a situação atual é uma clara tentativa de levar em consideração a temporalidade da interpretação. Isto ganha em Savigny uma proeminência que para a época pode ser considerada de grande avanço. Ainda que este se valha das ideias do início da formação do historicismo sua obra produzida duzentos anos atrás. Em consonância com esta ideia de atualização, Savigny define qual a tarefa da interpretação para o Direito: “a tarefa suprema da interpretação é a crítica superior, isto é, a restituição de sentido a um texto corrompido” (SAVIGNY, 2011, p. 11). Na visão do autor, a segurança na interpretação se atinge esclarecendo como se originam as deformações que levam a corromper o sentido e sempre tomando como referência o texto considerado correto. O modo adequado de se estudar o Direito seria dando continuidade ao que já foi pensado pelos autores antigos. Segundo Savigny “devemos aprender deles seus métodos e chegar assim até imaginar por nossa conta a maneira e os mesmos pontos de vista, para continuar seu trabalho ininterrupto com um certo sentido³⁴” (SAVIGNY, 1970, p. 138). Nota-se que o paradigma de compreensão da escola histórica se faz presente em função da

³² No original: en qué relación está el pasado com el presente, el devenir con el ser?

³³ No original: la escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación, pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó la otra acidentalmente, sino como procedendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad à examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nascida por obra de una necesidad interna.

³⁴ No original: debemos aprender de ellos sus métodos y llegar así hasta imaginar por nuestra cuenta a su manera y desde su mismo punto de vista, para continuar su trabajo interrompido com un cierto sentido.

continuidade das interpretações já realizadas no passado. Inclusive, o próprio processo de formação do direito é feito em função dessa lógica da continuidade:

Ali onde nos encontramos por primeira vez ante uma história documentada, o Direito civil tem já um carácter determinado, peculiar do povo, o mesmo que sua linguagem, seus costumes, e sua constituição. Em efeito, estes fenômenos não tem uma existência separada, são tão só forças e atividades singulares de um povo, inseparavelmente unidas na natureza, e que só aparentemente se revelam a nossa consideração como qualidades especiais. O que as envolve com o todo é a convicção como espírito do povo, o próprio sentimento de necessidade inerente que exclui toda ideia de um nascimento casual e arbitrário.³⁵ (SAVIGNY, 1970, p. 54)

O modo como o direito positivo surge na maneira de ver de Savigny representa um dos pilares da construção da Escola Histórica, quer dizer, o “espírito do povo” (*Volkgeist* em alemão). O surgimento do direito positivo, nesta passagem da obra da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do direito, representa a visão da escola histórica que é fruto do debate entre a necessidade de codificação de um código civil para a Alemanha. Savigny era contra tal postura, pois representava exatamente a outra via de responder a sua pergunta inicial. Até porque, ao excluir a formação do direito como uma decisão casual e arbitrária de uma assembleia legislativa, corporifica-se na ideia do espírito do povo a linha do pensamento que garante a constante e contínua formação dos institutos jurídicos. Nestes moldes, diria Savigny, que uma proposição jurídica seria verdadeira só quando derivasse e levasse em consideração a natureza orgânica que se manifesta entre as partes e o todo de uma visão organicista que viria a ser precursora da noção de sistema no Direito, como também do desenvolvimento sucessivo e originário do Direito. Nas palavras de Savigny:

Assim, um juízo sobre um direito especial não é racional e verdadeiro, mas sim quando se deriva do inteiro conceito de relação do direito. Esta relação tem uma natureza orgânica que se manifesta, já seja pelo conjunto de suas partes constitutivas que se equilibram e

³⁵ No original: Allí donde nos encontramos por primeva vez ante una historia documentada, el Derecho civil tiene ya un carácter determinado, peculiar del Pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución. En efecto, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son tan solo fuerzas e atividades singulares de um Pueblo, inseparadamente unidas em la naturaliza, y que solo aparentemente se revelan a nuestra consideración como cualidades especiales. Lo que las enlaza com el todo es la convicción común del Pueblo, el próprio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de um nacimiento casual y arbitrário

limitam mutuamente, já seja por seus desenvolvimentos sucessivos, suas origens e suas diminuições³⁶ (SAVIGNY, 1878, p. 25).

Assim, Savigny afirma que uma proposição jurídica para ser verdadeira deveria ter por base uma noção de instituição, cuja natureza por ser orgânica formaria uma ideia de sistema em um todo harmônico, e só por meio deste se obteria a compreensão da proposição jurídica. Não é por outro motivo que Kantorowicz (KANTOROWICZ, 1949 apud SAVIGNY, 1949, pp. 332-371), afirma que para a Escola Histórica uma proposição só é considerada jurídica e relevante para o Direito enquanto o que estiver lhe dando sustentação for uma realidade. E, neste caso, seria a noção de instituição quem a daria.

O papel do legislador nesta visão seria identificar a natureza orgânica da instituição e reconhecer em suas peculiaridades uma prescrição legal. Não é por outra razão que Savigny define o fundamento de sua leitura em relação ao Direito em função do que ele chamou de espírito do povo: “o sujeito, em cujo seio tem sua realidade o direito positivo, encontraremos este sujeito no povo. Na consciência comum deste, vive o direito positivo, pelo qual pode ser chamado espírito do povo³⁷” (SAVIGNY, 1978, p. 29). A consciência de que fala Savigny se reconhece nos usos, nos hábitos e nos costumes da tradição de um povo. O elemento que mais ganha ascensão, depois do “espírito do povo”, seria para Savigny a tradição, que velaria pela conservação do direito e seria uma herança dada pela sucessão contínua das gerações. Em suas palavras “o costume não engendra o direito positivo, mas sim que é o signo por meio do qual se reconhece³⁸” (SAVIGNY, 1978, p. 41). Como meio de garantir a percepção do “espírito do povo” e sua consecução em seu caráter normativo, Savigny define a interpretação como a reconstrução do pensamento contido na lei (SAVIGNY, 1978, p. 149). E apresenta quatro elementos que até hoje são, em grande parte, utilizados por todos os juristas. São eles:

O elemento **gramatical** da interpretação tem por objeto as palavras de que o legislador se serve para comunicarmos seu pensamento, é

³⁶ No original: así, um juício sobre um derecho especial no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del enterro concepto de la relacion de derecho. Esta relación tiene una naturaliza orgânica que se manifiesta, ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por sus desenvolvimentos sucessivos, su origen y sus descensos.

³⁷ No original: si preguntamos ahora cual es el sujeto, em cuyo seno tiene su realidade el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el Pueblo. En conciencia comum de éste.

³⁸ No original: la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce.

dizer, a linguagem das leis. O elemento **lógico**, da decomposição do pensamento ou das relações lógicas que unem as suas diferentes partes. O elemento **histórico** tem por objeto o estado do direito existente sobre a matéria, na época em que a lei tiver sido dada; determina o modo de ação dar na troca por ela introduzida, que é precisamente o elemento histórico que deve esclarecer. Por último, o elemento **sistemático** tem por objeto um laço íntimo que une as instituições e regras do direito no seio de uma vasta unidade³⁹ (SAVIGNY, 1878, p. 150) (grifos do autor).

O grande contributo de Savigny foi considerar os quatro elementos não como independentes, mas, sim em perfil complementar. Savigny estabelece como relacionamento entre o texto jurídico e o sentido uma prática interpretativa em que primeiro se buscava a reconstrução do pensamento intelectual que determinou a criação da lei e, em segundo lugar, considerava os fatos históricos e a concepção sistêmica do Direito para iniciar uma relação imediata com o texto a que se iria interpretar. Ademais, o autor alemão ainda considera a finalidade da lei como outro meio de permitir a consciência da desta. O elemento teleológico é dividido em duas partes: a primeira estabelece uma relação de dedução e consequência, já a segunda seria em virtude do efeito que a lei visa produzir. A função do elemento teleológico seria conduzir o intérprete diante da indeterminação ou da ambiguidade da lei.

2.3 O descobrimento livre do Direito – o Direito livre e a livre investigação científica

O movimento do Direito Livre possui como principal característica a busca de uma contribuição de complementação do direito estatal em função das fontes materiais do direito. Entre seus principais autores está Hermann Kantorowicz, Eugen Ehrlich e na França por François Geny. O pressuposto desta escola é revelado no artigo de Kantorowicz intitulado: As épocas da ciência do Direito (Die Epochen der Rechtswissenschaften em alemão).

³⁹ No original: el elemento gramatical de la interpretacion tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El elemento lógico, la descomposición del pensamiento ó las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes. El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, em la época em que la ley há sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y relas del derecho em el seno de una vasta unidad

Neste estudo, Kantorowicz determina os pressupostos de leitura de sua prática interpretativa ao analisar como as épocas avaliam duas tendências que ele chamou de formalismo e finalismo. Estas duas tendências podem ser conhecidas também por um embate de duas posições, em função da tendência rigorosa ou da tendência livre.

Quem abarque com a vista, uma olhada de conjunto das mudanças históricas da ciência do Direito, se dará conta em seguida de que, detrás de formas e nomes sem cessar cambiantes, se revela a cada passo, através de todas as suas vicissitudes, uma contraposição que é sempre a mesma: a contraposição entre o formalismo e o finalismo⁴⁰ (KANTOROWICZ 1955 apud RADBRUCH, 1955, pp. 96-120).

De certa forma, Kantorowicz (0000 apud RADBRUCH, 1955, pp. 96-120) suscita um problema de interpretação no direito, já que no desenvolvimento de seu trabalho se fazem as seguintes perguntas: deve-se interpretar um texto para ajustá-lo à vontade que um dia o formulou ou o manejo de um texto deve modelar o Direito para a satisfação dos fins da vida? A resposta a esta indagação revela uma influência finalista no movimento do Direito Livre, já que tal movimento se mostra mais progressivo e criador, buscando a fórmula que melhor se adegue ao sentido imposto pela vida. Nesta direção, Kantorowicz define o que vem a ser o Direito:

O Direito Natural é um direito que pretende reger independentemente do poder estatal. Denominamos todo Direito desta índole de Direito Livre e caracterizamos, por fim, o Direito Natural em seguida e provisoriamente como uma classe especial do Direito livre ⁴¹ (KANTOROWICZ 1949 apud KANTOROWICZ et al., 1949, pp. 332-371).

Nesta esteira de Kantorowicz (1955 apud KANTOROWICZ et al., 1955, pp. 334 e segs.), a relação que existe entre o direito livre e o direito estatal reside na capacidade de o primeiro servir de fonte para o segundo. Para isto acontecer, o precursor da escola crítica diretamente o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico. A finalidade seria complementar a lei em casos de lacunas. O

⁴⁰ No original: Quien abarque com la mirada, en una ojeada de conjunto, las mudanzas históricas de la ciencia del Derecho, se dará cuenta en seguida de que, detrás de formas y nombres sin cesar cambiantes, se revela a cada paso, a través de todas esas vicisitudes una contraposición que es siempre la misma: la contraposición entre el formalismo y el finalismo...

⁴¹ No original: El Derecho Natural es un Derecho que pretende regir independiente del Poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole Derecho Libre y caracterizamos, por ende, el Derecho Natural en seguida y provisionalmente como una clase especial del Derecho Libre.

desenvolvimento do Direito Livre se daria a partir dos resultados das épocas culturais, dos diferentes ciclos da vida em um desenvolvimento orgânico.

O ponto que mais chamou atenção do meio jurídico no movimento do Direito Livre foi sua propensão a dar demasiada importância ao uso da vontade, tanto na ciência do Direito como no âmbito de sua aplicação. Caberia à ciência do Direito descobrir o Direito Livre. Na visão de Kantorowicz: “A ciência é vontade como o mesmo Direito. Com este conhecimento segue a ciência jurídica a trajetória das ciências do espírito no século XIX e entra em sua etapa voluntarista ⁴²” (KANTOROWICZ 0000 apud KANTOROWICZ et al., 1955, p. 342). A etapa voluntarista do direito permite que o intérprete seja “o dono” da disponibilidade da produção do sentido da interpretação. Privilegia-se a própria individualidade para o exercício interpretativo do texto jurídico. A leitura que melhor lhe convenha será a mais adequada para a solução do caso jurídico. Nesta altura, Kantorowicz revela a prática interpretativa de sua escola no modo como trata o texto jurídico:

A vontade de lograr uma resolução de antemão fixada dirige em realidade a eleição dos textos legais, nos quais aquela resolução apoia. Pense-se no exemplo clássico de Bártolo, o mais famoso de todos os juristas, de que a história relata, que primeiramente ditava a resolução e logo fazia buscar em seu amigo Tigrino as passagens aplicáveis no Corpus Juris, posto que ele tinha pouca memória⁴³ (KANTOROWICZ 1955 apud KANTOROWICZ et al., 1955, pp. 332-371).

Kantorowicz acredita que a vontade jurídica conduz na maioria das vezes à mesma conclusão que chegaria a razão jurídica. A construção do referente seria dada pelo próprio intérprete do texto para estabelecer o sentido do texto jurídico. Em verdade, as palavras da lei adquiririam significado não conforme uma teorização do Direito, mas, sim, da própria vontade do intérprete. Esta passagem faz lembrar o modo como Marco Aurélio, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, julga seus casos. No seu dizer: “Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação

⁴² No original: La ciencia es voluntad como el mismo Derecho. Com este conocimiento sigue la ciencia jurídica la trayectoria de las ciencias del espíritu en el siglo XIX y entra en su etapa voluntarista.

⁴³ No original: La voluntad de lograr una resolución de antemano fijada, dirige en realidade la elección de los textos legales en los cuales aquella resolución estriba. Piénsese em el ejemplo clásico de Bártolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeiramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrino los passajes aplicables em el Corpus Iuris, puesto que él tenía poca memoria.

humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa”(BRASIL, 2008).

Na aplicação do Direito e no modo como o juiz pode construir seu critério prático decisório reside boa parte das críticas ao movimento do Direito Livre. Kantorowicz sustenta a possibilidade de a interpretação contra a lei ser sustentada em dois casos:

O juiz pode e deve prescindir da lei, em primeiro lugar, se lhe parece que a lei não lhe oferece uma decisão carente de dúvidas; em segundo lugar, se não lhe parece verossímil com os fins de sua livre e conscienciosa convicção que o poder estatal existente no momento da falha haveria ditado a resolução que a lei reclama.⁴⁴ (KANTOROWICZ, 1955 apud KANTOROWICZ et al., 1955, pp. 332-371)

A passagem é tida como uma das mais significativas na tradição da Hermenêutica jurídica em termos de crítica. Inclusive, nesta ideia de interpretação *contra legem*, ganha força o papel do juiz e dos tribunais em estabelecer o sentido do Direito. Inclusive, o realismo jurídico se apropria das consequências da tese de Kantorowicz (KANTOROWICZ, 1934, pp. 1240-1253), o que leva o autor a prestar conta da disparidade que existe em conceber o Direito como uma realidade factual dependente do comportamento dos juízes por meio de suas decisões. Kantorowicz sustenta que o Direito Livre é no sentido de que ele não é um direito formal, ou que ainda não foi formalizado, ou também esteja em vias de transição para isso. As formulações do Direito Livre estariam voltadas para auxiliar o juiz na concretização das decisões judiciais por meio de seus arbítrios e valores. Neste trabalho, intitulado *Algum racionalismo sobre o realismo*, Kantorowicz tenta esclarecer o erro de compreensão de sua tese, que o levou a sofrer duras críticas: “Mas toda interpretação, por mais livre e audaz que seja, deve ser pelo menos compatível com o texto, com um de seus significados possíveis⁴⁵” (KANTOROWICZ, 1934, pp. 1240-1253). E por último, Kantorowicz (1928, pp. 679-707) aduz que as lacunas textuais devem ser preenchidas com a interpretação livre do direito, uma interpretação que é baseada tanto no senso de estender ou restringir o sentido, adaptando-a ao seu

⁴⁴ No original: El juez puede debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; em segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. KANTOROWICZ, Hermann. *La lucha por la ciencia del Derecho*.

⁴⁵ No original: But every interpretation, however free and audacious, must be at least compatible with the text, with one of his possible meanings.

próprio propósito. Este fim leva em consideração os efeitos sociais de sua aplicação da maneira que foi querida pelo legislador, como também deve justificar a criação da regra no presente.

A proposta de François Geny com a Livre Investigação Científica foi uma reação à Escola da Exegese e em certa parte a Escola Histórica de Savigny que, de certo, se ajusta às críticas que a Escola do Direito Livre fez a estas escolas. Na visão de Geny, a Livre Investigação Científica atua para conter a arbitrariedade da construção do Direito quando o intérprete é forçado a lidar com as fontes materiais do Direito. O autor francês reverencia a visão de que na aplicação do Direito, quanto menos elementos pessoais do intérprete na sua construção do Direito, melhor para a decisão jurídica. Com esta ideia em mente, Geny conceitua o que vem a ser a Livre Investigação Científica:

Livre investigação científica; investigação livre, toda vez que aqui se subtrai ação própria de uma autoridade positiva. Investigação científica, ao próprio tempo porque não pode encontrar bases sólidas mais que nos elementos objetivos que só a ciência pode revelar.⁴⁶ (GENY, 1902, p. 483).

A investigação a partir do uso do método permitiria a adaptação das regras latentes nas fontes materiais do Direito aos fatos da vida social. Especialmente, porque os elementos objetivos revelados na Livre Investigação seriam determinantes para a identificação de soluções dos casos jurídicos. Como não poderia ser diferente, Geny estabelece o mesmo fundamento metafísico que a escola da exegese seguiu na natureza. No seu dizer: “considero como *à priori* incontestável que os mais firmes e mais seguros preceitos de direito são os que se desprendem diretamente da natureza das coisas⁴⁷” (GENY, 1902, p. 483).

Na visão de Geny (1902), a investigação que se implementa se divide na interrogação da consciência e da razão para identificar critérios de justiça e de moralidade e, de outro lado, volta-se para os fenômenos sociais para descobrir as leis da harmonia da natureza. Os elementos objetivos encontrados na natureza explicitados a partir do método da livre investigação muitas vezes não revelam de

⁴⁶ No original: Libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aqui se sustrae á la acción própria de uma autoridade positiva; investigación científica, al próprio tempo, porque no puede

⁴⁷ No original: yo considero como *à priori* incontestable que los más firmes y más seguros preceptos de derecho son los que se desprenden diretamente de la naturaleza de las cosas, sin el intermediário de ninguna Concepción idela que deforma siempre de algun modo las realidades.

antemão as soluções jurídicas necessárias ao deslinde do caso concreto, sendo assim, ainda tais elementos passam por um segundo filtro, os das ciências sociais, podendo se valer da psicologia, da ética, da economia, do próprio direito, da história. Ao contrário de Kantorowicz, Geny aposta no uso do método para controlar a arbitrariedade e a subjetividade do intérprete para suprir a discricionariedade⁴⁸ (GENY, 1902) do mesmo. Ademais, delimita o âmbito de sua atuação, quando aduz: “note-se bem que a investigação científica do intérprete não intervém com plena liberdade mais que para suprir as fontes formais (lei e costume) defeituosas”⁴⁹ (GENY, 1902, p. 549).

2.4 Jurisprudência dos conceitos e os conceitos da jurisprudência

O Pressuposto da leitura da Jurisprudência dos Conceitos pode ser visto com base em três elementos: o direito romano, o direito atual e a ideia de sistema jurídico. O Direito romano é visto como meio de compreensão do direito atual, o direito atual proveniente da dinâmica do direito romano tramita em um sistema. Este, por sua vez, remodela o que está a sua volta, no caso o Direito e o direito romano, mediando a pressão do presente e do passado tido no direito romano. A Jurisprudência dos Conceitos enquanto movimento apresenta Rudolf Von Jhering, Georg Friedrich Puchta e Bernhard Windscheid como alguns de seus mais destacados seguidores.

Jhering (2011) define o Direito como um organismo objetivo da liberdade humana, no qual as regras do direito são provenientes de uma dedução das diferentes relações da vida. Estas quando passam a ser determinadas juridicamente, formam um conjunto de unidades sistemáticas que recebem o nome de instituições

⁴⁸ Do qual resulta que nenhum princípio de lógica aconselha rechaçar à priori o princípio da criação do direito por simples vontade unilateral, se não é satisfação das necessidades próprias da vida jurídica; não se pretende a consagração cega e geral, mas sim sua realização efetiva mediante aplicações de práticas cuidadosamente eleitas e retamente reguladas. De tal sorte, que em defeito de todo reconhecimento da proibição legal, nossa livre investigação deva legitimamente exercer-se no sentido da indagação da apreciação – sobre dados científicos, esclarecidos na medida possível, por estatística e por todos os demais meios de experiência social – das considerações de ordem moral, política, econômica, que em nossa civilização atual se recomendam para os casos e nas condições em que a técnica jurídica não tivesse necessidade mais que precisar desta útil consagração positiva da autonomia da vontade nas relações privadas..

⁴⁹ No original: notése bien que la investigación científica del intérprete no interviene con plena libertad más que para suplir las fuentes formales (ley, costumbre) defectuosas.

jurídicas. Inclusive, a definição de instituição jurídica é dada por Bernhard Windscheid quando: “por instituição jurídica se entende o complexo de normas jurídicas relativas a uma relação jurídica” (WINDSCHEID, 1925. p. 110-111). Neste sentido, a função da ciência do Direito seria estudar a evolução de tais instituições ao longo da história para perceber sua conexão sistemática. O Direito não seria um conjunto de vontades coordenadas pelo legislador, mas seria reduzido a elementos lógicos de seu sistema a partir da análise científica.

Neste aspecto da análise científica está a grande pedra angular da Jurisprudência dos Conceitos, pois na análise científica as definições adquiridas são provenientes do próprio direito, relegando a segundo plano o fundamento metafísico do direito natural. Neste sentido, Jhering aduz ao tratar da análise científica: “o mérito mais precioso de que se serve a possibilidade de acrescer o direito por meio do direito mesmo, e de ampliá-lo ou engrandecê-lo em virtude das suas próprias forças intrínsecas⁵⁰” (JHERING, 2011, p. 28). Georg Friedrich Puchta, por sua vez, chamou essa capacidade de dedução de conceitos a partir do próprio direito de genealogia dos conceitos:

Eu chamo isso de uma genealogia de pensamentos, nem poderia se considerar como um esquema de simples definição. Cada um desses pensamentos é um membro orgânico, e não um instrumento silencioso, ou um órgão simples de comunicação: cada um forma uma individualidade distinta da produzida de outras que se seguirão. O princípio gerador de todas as instituições legais é para o direito: a variedade dos nomes e das coisas que formam a matéria-prima; neste último momento é o elemento de necessidade no desenvolvimento da lei, a sua razão, a sua qualidade como um sistema. Mas o sistema legal não leva em conta apenas os detalhes legais em sua verdadeira natureza e expressão, mas a concepção sistemática é capaz de dar certas deduções e realizar a conexão de tal direito em uma mesma relação jurídica, o poder, que exercita de um para o outro, nas modificações, que sofrem mutuamente deste poder⁵¹ (PUCHTA, 1854, p. 3).

⁵⁰ No original: El mérito más precioso de que suministra la posibilidad de acrecer el derecho por medio del derecho mismo, y de ampliarlo y engrandecerlo em virtude de sus próprias fuerzas intrínsecas.

⁵¹ No original: Lo chiamo questa una genealogia di pensieri, nè potrebbesi consideraria com un semplice schema di definizioni. Ciascuno di questi pensieri è un membro organico, e non un istrumento, o un semplice organo di comunicazione: ognuno forma una individualità distinta da quella che l'ha prodotta, e dalle altre, che seguiranno. I principio generatore di tutte le istituzioni giuridiche è quello del dritto: la varietà degli nomini e delle cose ne forma materia; in questo ultimo momentosta l'elemento della necessità nello sviluppo del dritto, la sua ragione, la sua qualità come sistema. Ma il sistema del dritto non tiene conto soltanto dei particolari giuridici nella loro vera natura ed espressione, ma il solo concepimento sistematico è capace di dare deduzioni compiute e certa sulla connessione di piú dritti in un

A genealogia dos conceitos traz para o Direito a necessidade de abstração para aplicação do mesmo, conforme Jhering (2011) uma regra de direito passa a estabelecer uma hipótese e dela deduz-se uma consequência, “aplicar uma regra equivale, portanto: primeiro inquirir se as hipóteses se realizam na espécie concreta, e em segundo, expressar de uma maneira concreta de dedução puramente abstrata.⁵²” (JHERING, 2011, p. 35).

Acrescenta Windscheid o conceito de interpretação: “interpretação é a declaração do conteúdo do direito” (WINDSCHEID, 1925. p. 63). Ademais, quando a interpretação cumpre sua tarefa de declaração, ela trata de desenvolver o conceito contido nas normas legais por meio da aquisição dos conceitos presentes no texto jurídico, e a vontade do legislador passa a ser a investigação dos conceitos que este plasmou na lei. A interpretação traz um relacionamento recíproco entre o direito e o conceito no qual se funda, em verdade isto é a construção do Direito mesmo, afirma Windscheid. Não é por outra razão que Jhering afirma: “o direito existe para realizar-se. A realização é a vida, e a verdade do direito é o direito em si mesmo” (JHERING, 2011, p.). Jhering diante da luta para estabelecer um fundamento a partir do próprio direito é uma tentativa de realizar o direito de forma segura e uniforme^[g1]. Mas, para isso, Jhering observa que o Direito tem que lidar com a palavra, e quanto menor for o apego às palavras, maior o desenvolvimento intelectual. Em seu dizer: “a palavra não é, pois, uma coisa objetiva, um objeto, mas sim a ideia encadeada dentro de sua objetividade; física e intelectualmente, não é mais que um fato, um ato, uma ação que se exerce sobre o ouvido ou o cérebro⁵³” (JHERING, 2011, p. 494). Ao assumir esta posição, Jhering propõe a interpretação lógica para lidar com a palavra, compreendida nestes termos.

A interpretação lógica, pelo contrário, se conforma com a verdadeira essência da comunicação de ideias, e para servir-me de uma expressão muito significativa da linguagem, voa por cima das palavras e se transporta a alma de que fala, buscando por dizer assim o pensamento deste em seu verdadeiro lugar. [...] Procura unicamente traduzir as palavras como tais, segundo a significação

medesimo rapporto giuridico, sul potere, che esercita l'uno sull'altro, sulle modificazioni, che patiscono per un tale reciproco potere.

⁵² No original: Aplicar una regla equivale, por lo tanto: 1º á inquirir si la hipótesis se realiza em la espécie concreta, y 2º á expresar de una manera concreta de deducción puramente abstrata.

⁵³ No original: La palabra no es, pues, una cosa objetiva, un objeto, sino la idea encadenada dentro de su objetividade.; física é intelectualmente, no és más que un hecho, un acto, una accion que ejerce elo ido ó el cérebro.

que lhes dá o uso da língua ou a gramática, ainda que o sentido responda ou não a verdadeira intenção do que fala⁵⁴ (JHERING, 2011, p. 495).

Ao conceber a interpretação e seu relacionamento com as palavras o Jhering da Jurisprudência dos Conceitos, coloca um novo fundamento para a capacidade de dar sentido às palavras. O que quer dizer que o enunciado linguístico, as palavras, apontam para elementos da lógica. O que houve de fato foi um deslocamento do elemento que serve de apoio para designar as palavras que antes eram baseadas em um elemento metafísico objetivo, a natureza, para passar agora ao plano da lógica. A proposição jurídica só será reconhecida como Direito se houver uma coerência racional do que foi estabelecido na lei e a ideia de sistema que a escola passa a desenvolver enquanto todo orgânico. A ação mediadora entre o racional e a sistematicidade do Direito é feita com base na concepção desenvolvida pela interpretação enquanto elemento lógico. Neste ponto, o que garantiria a coerência racional do sistema seria o formalismo jurídico., Jhering o apresenta do seguinte modo:

O formalismo não é só um guia do espírito, nem tem seu único fundamento na imperfeição originária da linguagem. A este primeiro motivo de sua aparição histórica, que acaba ao mesmo tempo que o período da infância dos povos, se afirma outro segundo, que sobrevive largo tempo: motivo que acabamos de indicar e que é o sentido da forma. A força atrativa que a forma, como representação tradicional e típica dos sentimentos e das ideias, exerce sobre o espírito humano por meio de ações plásticas e de signos se manifesta de diversos modos⁵⁵ (JHERING, 2011. p. 530).

Na visão de Jhering, o formalismo seria enquanto tendência do espírito humano o meio que garantiria a continuidade histórica do desenvolvimento jurídico. Todavia, não é só o que representa uma evolução histórica do desenvolvimento do Direito. Ele serve para conter as imperfeições da linguagem, tais como ambiguidade, vagueza e indeterminação, ainda que seja mais exacerbado e comparado ao desenvolvimento intelectual de um povo. De fato, Jhering identificou o sentido da

⁵⁴ No original: La interpretación lógica, por el contrario, se conforma con la verdadera, se conforma com la verdadera esencia.

⁵⁵ No original: el formalismo no és solo um guía del espíritu, ni tiene su único fundamento em la imperfeccion originaria del lenguaje. A este primer motivo de su aparición histórica, que acaba eal mismo tempo que el período de la infancia de los pueblos, se añade outro segundo que sobrevive largo tempo; motivo que acabamos de indicar y que es el placer por la forma exterior; el placer que halaga los sentidos, mejor dicho, que es el sentido de la forma. La fuerza atractiva que la forma, como representacion tradicional y típica de los sentimientos y de las ideas, ejerce sobre el espíritu humano por medio de acciones plásticas y de signos, se manifiesta de diversos modos.

forma como representação típica do sentido e das ideias que influencia o espírito o humano, mas a Jurisprudência dos Conceitos enquanto prática interpretativa estabeleceu para o mundo jurídico a forma do sentido a ser construída a partir do próprio Direito, negando um fundamento metafísico, ainda que se fundamentasse em outra metafísica, agora do lado do sujeito da teoria do conhecimento.

2.5 Jurisprudência dos interesses e os interesses da jurisprudência

A jurisprudência dos interesses foi um movimento interpretativo que perdurou até o início da segunda guerra mundial. Tem como principal defensor Philipp Heck. O movimento surge como reação à Jurisprudência dos Conceitos e, de certa forma, ao Direito Livre. Sua pergunta de partida pode ser feita da seguinte maneira: existe a vida por causa dos conceitos ou os conceitos por causa da vida? A pergunta é claramente uma oposição à Jurisprudência dos Conceitos, que pensava que existia vida por causa dos conceitos. Philipp Heck efetua um giro no estudo da Jurisprudência. A origem da compreensão de tal movimento reside em Jhering quando se abandona o método lógico-constutivo da Jurisprudência dos valores e reconhece uma expressão muito utilizada no Direito, que é o “interesse juridicamente protegido”. Esta foi cunhada por Jhering. Vejamos:

Qualquer que seja a diversidade do interesse que apresentam os diversos direitos, todo direito estabelecido é a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador que merece e reclama sua proteção. Os direitos se transformam a medida em que mudam os interesses da vida; assim interesses e direito são em certo modo historicamente paralelos. A correlação, em certo modo, não é absoluta, muitos direitos, em virtude de sua natureza mesma lhes repugna opressão mecânica que exerce o direito sobre eles ⁵⁶ (JHERING, 1946, p. 183).

É certo que Jhering foi o precursor da ideia, especialmente quando trabalha a ideia de finalidade⁵⁷ do direito (JHERING, 2002). Entretanto, Heck desenvolve a

⁵⁶ No original: Cualquiera que se ala diversidad de interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección. Los derechos se transforman a medida que cambian los intereses de la vida; así intereses y derechos son em cierto modo historicamente paralelos. La correlación, sin embargo, no es absoluta; a muchos derechos em virtude de su naturaliza misma, les repugna la opresión mecânica que ejerce el derecho sobre ellos.

⁵⁷ Esta lei vige também em relação a volição. Sem causa eficiente, um movimento da vontade é tão inconcebível quanto o movimento da matéria; acreditar na liberdade de querer

compreensão de ver o direito como finalidade em função de uma relação entre o direito e a vida. Não é por outro motivo que o conceito de interesses é assim designado:

O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos de interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos. A teoria da decisão judicial deve, portanto, indicar as condições mais próprias para se atingir tal objetivo (HECK, 1947. p. 5).

A capacidade de estabelecer uma compreensão a partir do fim do direito utilizando o conceito de interesses como critério de leitura faz ver duas perguntas formuladas por Castanheira Neves: “Como devo interpretar este texto para me ajustar à vontade que a formulou? E Como devo manejar e modelar o direito para dar satisfação aos fins da vida?” (NEVES, 2010, p. 219). O movimento da jurisprudência dos interesses opta pela segunda pergunta e oferece como resposta uma construção orientada pelo sentido em função do pressuposto do finalismo jurídico. Os interesses jurídicos desempenham a função não só de centro do conhecimento do direito, como também a origem de formação do direito e acrescenta-se o próprio critério decisório de uma decisão judicial. Neste sentido, a visão voltada para solução de conflito de interesses não só está plasmada na legislação como previsão de futuros conflitos dos mesmos, mas também na capacidade de servir de critério decisório para o conflito dos interessados em uma lide.

Ademais, Neves oferece os pressupostos do contexto da Jurisprudência dos Interesses. Uma das características mais importantes do movimento foi a necessidade de construir interpretações baseadas em critérios normativos extratextuais, os quais tinham sua origem em possíveis valores positivados pelo legislador. Como consequência, todo juízo jurídico implicaria em uma valoração normativa do texto. Apesar disso, Heck não abre mão da subordinação da decisão judicial ao direito. De certa forma, ao trabalhar critérios normativos extratextuais

no sentido de a vontade poder espontaneamente, sem qualquer causa impulsora, pôr-se em movimento, é como acreditar no mentiroso que diz sair do pantanal agarrando-se no topete. Destarte, a vontade, tanto quanto a natureza necessita da causa eficiente. Todavia, na última, ela é de natureza mecânica: a causa (*causa efficiens*); na vontade, de natureza psicológica: a finalidade (*causa finalis*).

admite-se que toda interpretação é vinculada à lei, mas em que medida há esta vinculação é outra questão.

Em virtude disto, existe uma preocupação em Heck em relação às incertezas da interpretação e a divergência das ideias valoradas pelo intérprete. Assim, ele propõe que a aptidão objetiva da decisão seja medida pelos valores reconhecidos de uma comunidade jurídica que tem na lei a sua exteriorização e diante de uma investigação histórica busca as causas que deram origem ao comando legal. É esta investigação histórica que garante a importância do interesse no êxito da lei.

A investigação histórica dos interesses é aconselhada pela simples consideração de que todos os interesses da comunidade que foram causa da lei e nesta devem achar proteção, são desse modo mais seguramente garantidos. Os interesses legislativos dessa ordem podem individualizar-se, para efeitos de estudo, pela designação de interesses no êxito na execução ou na eficiência da lei. A consideração destes interesses é, em si mesma, poderoso elemento esclarecedor (HECK, 1947. p. 66).

Afirma Heck que a investigação histórica dos interesses é uma alternativa à busca psicológica da vontade do legislador, constituindo-se como a busca da vontade normativa. Em outras palavras, a vontade da lei é permeada pelos interesses causais, já a decisão judicial é a proteção dos interesses na atualidade. Assim, Heck tenta conciliar uma lógica entre o passado e o presente diante da investigação histórica dos interesses. Esta adaptação temporal se dá substituindo a teoria da subsunção por lógica de complementação e desenvolvimento do direito.

Afastada aquela teoria e reconhecido que o juiz não se limita a um trabalho de subsunção, antes tem também de completar e adaptar, no interesse da comunidade jurídica, a provisão de comandos historicamente existentes, a interpretação histórica deixa de prejudicar o desenvolvimento do direito. Pelo contrário, fornece ao juiz, como acontece em outros domínios, a base e o ponto de partida para um desenvolvimento do direito, em harmonia com os interesses (HECK, 1947. p. 96).

A base para o desenvolvimento do direito com fundamento na investigação dos interesses é a própria razão de ser do movimento em análise. Em verdade, só se reconhece uma proposição jurídica como válida se ela revelar uma composição fruto dos interesses em conflito. Se Heck estiver certo, Direito é apenas o que se consegue desenvolver em função de uma composição de interesses. Começa-se em nível de uma comunidade, é positivada pelo legislador na forma de lei e aplicada pelo judiciário, que confere a devida proteção aos interesses atuais. Essa devida proteção é viabilizada por meio da interpretação da lei, por meio da qual Heck

tentará desvalorizar o sentido da lei em função da atribuição de um valor maior aos elementos gramaticais de interpretação. Tais elementos também não podem ser de todo desprezados:

Na interpretação das leis, porém atribui-se frequentemente às regras gramaticais maior importância – valor normativo. Distinguem-se duas orientações. Uma teoria radical que darei o nome de teoria da identidade, limita o efeito da lei à sua letra; a lei só vale o que sua letra permite que valha; uma teoria menos avançada, mas também muito espalhada, que põe como limite à interpretação judicial, as ideias que encontraram expressão na letra da lei – é a teoria da expressão (HECK, 1947, p. 130).

Estas duas teorias elencadas por Heck servem de pano de fundo para ele desconstruir a necessidade de a interpretação se utilizar apenas de elementos gramaticais. Heck desenvolve a partir delas as insuficiências que irão garantir a possibilidade de se trabalhar com os fatores normativos extratextuais. Graças à diversidade de sentidos, a relevância do contexto em que aparecem as palavras de sentido literal puro não procede. Já a teoria da expressão não garante uma explicação diante de leis mal redigidas. Na visão do autor, o problema da diversidade de significação das palavras se resolve investigando o que influencia:

Ora, a observação pessoal mostra-nos eu a interpretação gramatical das palavras constitui precisamente o mesmo fenômeno lógico que se nos apresenta a história em geral e, portanto, com todas as características já descritas e nomeadamente com a sucessiva construção de hipóteses sobre a elaboração do preceito – a experiência das chaves. Simplesmente, neste caso, os meios de conhecimento são somente as regras da linguagem. No entanto, quem examinar refletidamente a impressão que a frase intuitivamente produziu e procurar descobrir as suas fontes, verificará que, em muitos casos, aquela impressão não resultou somente das regras a que podemos chamar gramaticais, mas que, involuntária e inconscientemente, outros elementos tiveram a sua influência, como regras de psicologia corrente, juízos de valor objetivos, regras da experiência das mais diversas naturezas, pressuposições de determinadas relações (HECK, 1947, p. 134).

Em verdade, Philipp Heck desenvolveu, com o movimento chamado Jurisprudência dos Interesses, o reconhecimento de um elemento extralinguístico para designação das palavras da lei em seu texto, a isto pode ser chamado de referente⁵⁸ (MACHADO, 2004, p. 205). Grande parte de sua contribuição foi

⁵⁸ Quando se trata de referente, tem se em vista este sentido: Assim desde logo ponto assente que todo enunciado linguístico (ou mesmo todo o signo linguístico) há de ser entendido como um significante que em último termo, aponta ou remete para algo de extralinguístico. Esse quid extralinguístico designado pela palavra ou pelo texto recebe o

reconhecer a linguagem e o contexto no qual se insere a interpretação de uma lei em função da leitura dos interesses e dos valores da vida. Por isso, respondendo às perguntas iniciais, Heck afirma: “a compreensão da vida não se obtém nunca através somente das palavras. Há sempre que ter em conta as circunstâncias a que se referem (HECK, 1947, p. 165).

2.6 A teoria pura do Direito – Hans Kelsen

A Teoria Pura do Direito foi idealizada por Kelsen como uma teoria do Direito. Entretanto, o que ela proporcionou foi uma teoria da interpretação do Direito. Neste sentido, ela pode ser encarada como mais uma tentativa de leitura do Direito. Kelsen suscitou a seguinte pergunta “O que é e como é o Direito?” (KELSEN, 2000, p. 1). Para responder a esta pergunta, é preciso saber os pressupostos que em grande parte influenciaram Kelsen.

Assim, Karl Larenz (LARENZ, 2000, p. 100 e segs) nos adverte que a tradição filosófica na qual Kelsen está inserido advém da filosofia kantiana que encara o mundo como dotado de apenas uma realidade, o mundo do ser, do psíquico, constituído a partir das categorias do mundo natural. Em verdade, tenta-se buscar explicações do mundo a partir de seus efeitos em função das suas causas. Assim, também, Arthur Kaufmann (2002) aduz que por se inserir em tal tradição, Kelsen concebia as proposições do mundo de modo apriorístico e inequívoco quanto à forma, excluindo o conteúdo delas. Não é por outra razão que toda a Teoria Pura do Direito de Kelsen não trabalha com o que os filósofos aprendem a lidar desde o início de seus pensamentos, os famosos conceitos contestados que admitem múltiplas interpretações.

No intuito de responder o que é o Direito, Kelsen o define da seguinte maneira:

O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regras. O Direito não é como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra de isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem

nome de referente. É também ponto assente que a compreensão do sentido do enunciado linguístico pressupõe um pré-conhecimento (presciência) do referente (do quid ou coisa extralinguística significada).

jurídica também são essências à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das reações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida. (KELSEN, 2005, p. 5).

Neste sentido o critério de leitura do Direito criado por Kelsen (KELSEN, 2011, p. 30 e segs) tenta definir uma autonomia específica do direito em função de uma rede de significações criadas a partir da própria ideia de Direito. A ênfase no conceito de ordem irá definir a diferenciação da ordem jurídica das demais ordens sociais. Tal critério se baseia no seu caráter coercitivo, na capacidade efetiva de conduzir o homem em sociedade, impondo ao mesmo, que nega seu dever de se submeter, uma sanção. Se compreendermos esta conceituação, a pergunta sobre o porquê de seguir as leis deve ser respondida, simplesmente, porque leis são ordens e por isso devem ser obedecidas. Então, como se estabelece a positividade do Direito com sua normatividade? Para responder a esta pergunta, Kelsen terá que estabelecer um conceito de validade fundamental para sua teoria.

Por validade queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – que redundando no mesmo – pressupomos que ela possui “força de obrigatoriedade” para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções (KELSEN, 2005, p. 43).

O conceito de validade que Kelsen desenvolve apenas se preocupa com a forma, com o cumprimento das exigências preestabelecidas de uma norma do escalão superior. Há uma verdadeira despreocupação quanto ao conteúdo do que a norma veicula. Neste sentido, Kelsen estabelece os critérios de compreensão do enunciado jurídico, pois “um enunciado no sentido de que algo deve ocorrer é uma afirmação sobre a existência e o conteúdo de uma norma e não uma afirmação sobre a realidade natural, eventos concretos da natureza” (KELSEN, 2005, p. 51) O significado jurídico de uma proposição é dependente do conceito de dever-ser. A proposição jurídica apenas descreve como o homem deve se conduzir e não como ele se conduz de maneira efetiva. Ressalte-se que Kelsen relaciona o conceito de eficácia como condição da validade, isto é uma norma só é válida quando é albergada por uma ordem eficaz. Dessa forma, o fundamento para a validade de uma proposição jurídica decorre diretamente de outra norma e não de um fato correspondente à realidade.

Se Kelsen estiver certo, de acordo com o que até aqui se desenvolveu, Direito consiste em uma situação em que um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças (imposição de uma sanção) colocadas por quem tem capacidade de impor através da força coercitiva um sistema jurídico. Esta situação é que garante a condição de existência do Direito.

O conceito de validade também será fundamental para a noção de interpretação. Já que uma norma inferior deriva das exigências de uma norma superior, Kelsen relaciona a interpretação diante da validade como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um de escalão inferior” (KELSEN, 2000, p. 387). O autor austríaco também reconhece que na aplicação do Direito existe uma indeterminação no ato de aplicação, que pode ser de duas maneiras: a primeira, de cunho intencional, presente nas possibilidades de estabelecer a aplicação das normas diante de várias situações. A segunda seria de caráter nãointencional, quando uma norma se encontra diante de vários sentidos possíveis. Kelsen apresenta para a solução desta indeterminação o conceito de moldura:

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem (KELSEN, 2000, p. 390).

A norma jurídica como resultado de uma interpretação, ao oferecer várias possibilidades de sentido, na visão de Kelsen, desconstrói a noção de que existe uma única interpretação correta para o texto jurídico. Não só isso, mas a busca pela vontade do legislador ou da vontade da lei reproduz a ideia de um conceito de interpretação baseado apenas na busca de uma razão, sem dar espaço para vontade de quem interpreta o Direito. Essa noção de vontade do intérprete é ainda mais ressaltada quando da indagação sobre: qual interpretação é a correta dentro das várias possíveis dentro da moldura? Este problema não é um problema do Direito, mas, sim, da política. Em outras palavras, o problema de qual escolha interpretativa melhor se adequa para aplicação do sentido de uma proposição jurídica não é problema do Direito, conduz a uma discricionariedade interpretativa nunca antes vista. Até então todas as escolas haviam tentado desenvolver noções de controle interpretativo para o problema da indeterminação.

2.7 O conceito de Direito de Herbert Hart – a regra de reconhecimento e o reconhecimento da discricionariedade

O que é o Direito? Esta é a pergunta que Herbert Hart inicia seu livro chamado o Conceito de Direito. Os pressupostos de sua pergunta são expostos por Arthur Kaufmann (KAUFMANN; HASSEMER, 2002), quando afirma que a análise que Hart faz do Direito se adequa à pretensão de realizar afirmações evidentes sobre o mesmo, de modo a realizar uma análise lógica da linguagem.

A pergunta suscitada na visão do autor o leva a indagar sobre o confronto entre casos fáceis e casos difíceis do Direito. Os primeiros seriam casos em que o próprio sistema jurídico oferece um padrão decisório previsto na forma de uma regra, ou seja, uma solução já prevista no ordenamento. Já os casos difíceis, há dúvidas e incertezas sobre a qualidade jurídica para estabelecer padrões normativos decisórios, estes não estão dados de antemão pelo ordenamento jurídico. Hart propõe como meio de diminuir as incertezas da falta dos padrões decisórios o que ele denominou de regra de reconhecimento:

A forma mais simples de remédio para incerteza do regime das regras primárias é a introdução daquilo que chamaremos uma regra de reconhecimento. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada com uma individuação afirmativa e concludente de que uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. [...] O que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária? Uma regra para identificação concludente das regras primárias de obrigação (HART, 1961, p. 104).

A regra de reconhecimento oferece uma resposta atrativa à pergunta de Hart. Ela propõe que tenhamos noção do que torna necessária a obrigação de nos submetermos a um comando jurídico, como, por exemplo, pagamento de uma obrigação, o cumprimento de uma sanção penal. Neste sentido, quem deve pagar uma obrigação jurídica deve se adequar ao modelo das regras primárias. E a melhor explicação para que possamos cumprir o pagamento da obrigação ou da sanção penal imposta é em função da aceitação de tal regra como padrão de conduta a ser guiado normativamente, reconhecido por um grupo social. Em outras palavras, Direito para Hart é o que todos reconhecem enquanto grupo social para a prática de um padrão comportamental. Evidente que o reconhecimento pode advir tanto de um

grupo social, quanto de outra regra que estabelece condições para sua promulgação. A mesma pergunta que Kelsen se fez: por que devemos seguir a lei? Hart a responderia afirmando que seguimos as leis porque elas são padrões de condutas reconhecidos por nossa sociedade.

Em verdade, o que Hart promove é a introdução de um novo referente para o Direito. Desta vez, não é necessário procurá-lo em um texto, pode-se procurar em uma nova característica que se aplica a todos. Neste caso, o que nos faz reconhecer que uma proposição jurídica é suscetível de obrigar nosso padrão comportamental é o reconhecimento dela por uma sociedade, eis o lugar de onde Hart retira a validade de uma proposição jurídica. Nesta esteira, à capacidade que se tem de se submeter às regras usando-as como padrões para avaliar o comportamento humano próprio e de seus pares, Hart chamou de ponto de vista interno. Na verdade, o ponto de vista interno é a visão de um participante de um jogo de linguagem, cuja regra de reconhecimento pontualiza o jogo.

O grande objetivo da regra de reconhecimento é a sua aceitação, que permite a quem vá aplicar o Direito dispor de meios para saber identificar as regras primárias e assim reduzir o espaço de incertezas proporcionado pelos casos difíceis. Já o ponto de vista externo, corresponde a de um observador, que em sua perspectiva questiona o reconhecimento da regra para obedecer. O exemplo que Hart nos fornece é o da Inglaterra: “na Inglaterra reconhecem como direito tudo o que a Rainha no Parlamento aprova” (HART, 1961, p. 104). Se pensarmos em um ponto de vista baseado no realismo em que se produz a afirmação: “o direito é o que um tribunal diz que é”, o Direito teria como regra de reconhecimento um conjunto de decisões nas quais estas seriam o único parâmetro de validade do Direito. Neste sentido, “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (HART, 1961, p. 104). Não é por acaso que Dworkin (DWORKIN, 2002) os chama de teste de *pedigree*.

Assim, para um juiz utilizar uma proposição jurídica para decidir um caso, ele deve se certificar de que a proposição passou em tal teste. Se Kelsen estabeleceu como verdade da proposição jurídica a pressuposição, Hart o fará do ponto de vista do reconhecimento. Assim, se a norma hipotética fundamental como elemento pressuposto dá validade a toda ordem jurídica, a regra de reconhecimento é neste sentido o último recurso de validade para o conceito de Direito. Todavia, pergunta-

se: quais são os critérios que garantem a validade de uma regra de reconhecimento? Hart nos responderá da seguinte forma:

Por fim, quando a validade dessa lei foi questionada por referência à regra de que aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito, chegamos a uma paragem nas indagações a respeito da validade; porque alcançamos uma regra que, tal como decreto e a lei intermédios, faculta critérios para apreciação da validade de outras regras; mas é ao mesmo tempo diferente deles na medida em que não há regra que faculte critérios para apreciação da sua própria validade jurídica (HART, 1961, p. 118).

Ora, descobrir o porquê de seguir as regras não garante um critério de validade das mesmas. Apesar de Hart trazer os contributos da filosofia da linguagem, não caminhou mais do que meio passo em relação a Kelsen. Se a metáfora da moldura de Kelsen serviu para deslocar a vontade do legislador para a vontade do intérprete, a referência à regra de reconhecimento apenas aumentou a miopia da falta de critérios de uma interpretação discricionária do intérprete. A interpretação diante da construção do conceito de Direito se reduz a uma descrição que serve de ponto de partida do que se deve fazer e não a busca de uma vontade de quem fez a regra. Nas palavras de Hart:

Para saber o que deve fazer em outras ocasiões a criança já não tem de adivinhar o que se pretende, ou que será aprovado; não tem de especular quanto ao modo por que a sua conduta deve assemelhar-se ao exemplo, para ser correta. Em vez disso, tem uma descrição verbal que pode usar para selecionar o que deve fazer no futuro e quando deve fazer. Tem apenas de reconhecer os casos de aplicação de termos verbais claros, de “subsumir” fatos particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples (HART, 1961, p. 139).

Na visão de Hart, a interpretação como prática interpretativa do Direito se restringe à capacidade de reconhecer os limites da linguagem em que se pode oferecer uma orientação ora já prevista de maneira “clara” ou não. A interpretação do Direito se cinge à percepção dos limites semânticos que um texto alberga. Discutir a interpretação de um artigo de uma Constituição é saber se os casos que se apresentam baseados nele estão dentro de sua orientação ou se excluem. Na visão do autor, nada pode eliminar a zona de incerteza em que se atribuem situações concretas às regras jurídicas, ao que ele deu o nome de textura aberta. E a melhor solução proposta por Hart para lidar com a textura aberta do Direito é feita da seguinte forma:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (HART, 1961, p. 148)

A prática interpretativa desenvolvida por Hart reconhece na linguagem a causadora da discricionariedade. As diversas interpretações redundam em escolhas do intérprete. Se o problema da indeterminação se resolve através mediante escolha a ser desenvolvidas por tribunais, corre-se o risco de dar às Cortes Constitucionais uma regra de reconhecimento sem precedentes, especialmente quando dizem a última palavra sobre assuntos da democracia. Sua melhor contribuição, assim como a de Kelsen, foi trazer a discussão sobre a validade de uma proposição jurídica interpretada.

2.8 A jurisprudência dos valores e os valores na jurisprudência

A Jurisprudência dos Valores é um movimento interpretativo que se iniciou após a segunda guerra mundial. Streck (2011) nos contextualiza afirmando que tal movimento ofereceu uma resposta à tensão produzida pela outorga da nova Constituição feita pelos aliados em 1949. Aduz, ainda, que a saída encontrada para superar este *déficit* de legitimidade foi encontrada a partir da referência a valores na interpretação jurídica. Valores que eram encontrados no seio da sociedade alemã do pós-guerra.

A guerra evidenciou, sobretudo, as insuficiências da construção do pensamento jurídico da época, especialmente quando se concebia o formalismo jurídico de maneira exacerbada, e um pensamento que se desenvolvia a partir do próprio Direito, sem levar em consideração as necessidades da vida. Ao refletir os desmandos e decisionismos perpetrados pelos nazistas, percebe-se que tudo fora feito dentro de uma legalidade estrita que não se preocupava com o conteúdo do Direito.

Muitas das teorias do Direito da época rejeitavam profundamente um conteúdo jurídico que evocasse critérios de justiça e equidade. Era necessário oferecer uma alternativa interpretativa e da própria imagem do Direito que não se coadunasse mais com os erros cometidos. Um dos primeiros juristas a perceber tais

erros e que tentou pensar uma terceira via entre o eterno embate positivismo e jusnaturalismo foi Gustav Radbruch, com sua famosa fórmula:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia bem solucionar-se no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem preeminência, ainda quando, por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, bem nele de que o conflito da lei positiva com a justiça alcança uma medida tão insuportável que a lei, como direito injusto, deva ceder lugar a justiça (RADBRUCH, 1962, p. 37).

Em verdade, a discussão que se inicia com Radbruch trata de um novo critério de validade para o Direito. Se se quiser levar em consideração uma teoria que sustente uma interpretação válida do Direito, ou uma proposição jurídica que sirva de critério de decisão judicial, será necessário, a partir de agora, saber lidar com os valores da justiça e da segurança jurídica.

O conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores. O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia de direito. O conceito de direito cumpre-se, portanto na ideia de direito. A ideia de direito não pode ser outra senão a justiça (RADBRUCH, 2010, p. 47).

O conceito de Direito de Radbruch afirma um novo critério de leitura do mesmo. Este reflete a necessidade do Direito voltar a ver as circunstâncias da vida a partir do âmbito cultura da sociedade. Todavia, inserir os valores no âmbito dos problemas da interpretação jurídica parece aumentar ainda mais os desafios de superação da indeterminação do Direito, pois valores não são suscetíveis de uma fundamentação objetiva e ressaltam ainda mais o caráter subjetivo da vontade do intérprete. Não é por outra razão que Larenz (1997) faz algumas perguntas extremamente incômodas para a Jurisprudência dos Valores, tais como: onde residem os valores e os critérios de valoração extra ou supralegais que fazem uma decisão ser considerada correta? Como enunciados de valor se tornam suscetíveis de fundamentação? Como é possível um juiz chegar a uma decisão justa?

A primeira pergunta gira em torno do pressuposto que sustenta toda a visão que se tem dos valores, especialmente no Direito. Um fato que colabora para reconhecer tal pressuposto reside na compreensão do Direito como manifestação cultural humana. O Direito passa a fazer parte do agir e do fazer-se ser humano, um verdadeiro predicado da conduta humana. Quer dizer, só somos pais porque o Direito assim reconhece e viabiliza tal papel; tornamos-nos empregados porque assim se rege a relação dignificante do homem em sua comunidade. O Direito passa

a ser o elemento que nos torna até mesmo pessoa e personalidade, basta nascer com vida. Esse pressuposto nos é trazido por Helmut Coing:

Analisando este fato, vê-se que a expressão “natureza da coisa”, que soa tão modesta, parece estender a ideia de uma ordem contínua das coisas; parece que uma ordem propriamente é inerente às coisas, que necessita reconhecer e considerar a justiça, para continuar a existir. A natureza da coisa parece dar à justiça as medidas, de modo que ela desenvolveria em uma ordem completa, enquanto ela nos indique a ordem propriamente, contida nas coisas. A justiça consistiria em ordenar as pessoas e os procedimentos sociais na ordem jurídica a posição que lhe pertence segundo uma ordem de existência. A tarefa do legislador justo iria transformar-se a partir do conhecimento de tal decisão; o direito natural, para o qual a ideia jurídica iria estender-se, seria um reflexo da ordem, que existe propriamente nas pessoas e nas coisas. O conhecimento da própria existência possibilitaria ao legislador, a dar a cada um o que lhe é devido (COING, 2002, pp. 235-236).

O intento de fazer residir os valores a partir da ordem da natureza propiciou até certo ponto uma verdade no dizer de Karl Larenz (LARENZ, 1997, p. 189 e segs.), pois a natureza da coisa permite uma reaproximação do Direito às condições da vida e um confronto com a realidade que até então havia esquecido. Também é verdade que a reabilitação dos valores na seara jurídica não foi feita apenas pela natureza das coisas, pode-se apresentar também a visão do Neo-kantismo, que, segundo Franz Wieacker, se realiza da seguinte maneira:

Como uma teoria do conhecimento ou, mais precisamente, como uma teoria das condições formais das proposições sobre o dever ser jurídico. Na medida em que não investigava os critérios materiais da justiça e do direito positivo, mas apenas as condições lógicas das proposições sobre normas do dever ser jurídica ela recusava quer a metafísica do direito do anterior jusnaturalismo, quer os sistemas idealistas clássicos. [...]. Ao recusar agora esses conteúdos, o novo formalismo kantiano caiu conseqüentemente num relativismo axiológico (WIEACKER, 2004, p. 680).

A tentativa de reabilitação dos valores, do mesmo modo que a lógica da Teoria Pura do Direito, redundava no mesmo relativismo das escolhas de interpretação de natureza política de Kelsen. Além do que, o relativismo só se perpetua em função da inabilidade dos pressupostos em lidar com novos critérios da verdade, não podendo ser mais o critério da verdade enquanto correspondência que garante a validade de uma proposição. É certo que o problema do relativismo ou da inadequação de incluir os valores nos problemas da filosofia do Direito decorre da sua incapacidade de estabelecer uma fundamentação para os mesmos. Inclusive,

Larenz (1997) trabalha a ideia de que um enunciado é adequado quando se pode predicar que uma decisão é justa.

Em verdade, o Direito necessita de um pressuposto que seja qualitativo para lidar com os problemas da justiça. Não é por outra razão que Robert Alexy oferece a justiça como critério de correção: “a tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, conduz diretamente a ideia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões⁵⁹” (ALEXY, 2003, p. 163). A justiça como critério de correção se coloca como critério de verdade das interpretações. Assim, a questão sobre os fundamentos de enunciados que se baseiam em valores cobra as razões pelas quais se pode afirmar algo, que bons motivos se têm para sustentar uma apreciação axiológica. Este redimensionamento, entre muitas possibilidades, pode se apoiar no que Reinhold Zippelius chamou de base de consenso: “a ideia de que a superação da subjetividade se realiza no entendimento com outros homens é uma ideia que se tornou sempre na base da orientação humana no mundo” (ZIPPELIUS, 2012, p. 206). Neste caso, a questão da fundamentação se torna uma pergunta sobre como se verifica intersubjetivamente esta fundamentação. Podemos aceitar as teorias procedimentais da justiça, mas também podemos aceitar um outro critério que reverencia a tradição de nossos próprios pressupostos. Esta segunda via é corroborada por Arthur Kaufmann, quando afirma:

O fundamento desta que eu chamo teoria convergente da verdade (a antiga ideia da teoria da coerência se aceita novamente), se encontra na consideração do momento subjetivo em cada conhecimento e procede de uma fonte distinta, ainda que o momento objetivo, pelo contrário, procede do mesmo ente. Contrapor os momentos subjetivos os debilita mutuamente ou os elimina; os momentos objetivos, em troca, se remetem a todos os pontos de unidade do ente e se demonstram assim como fundados⁶⁰ (KAUFMANN, 2007, p. 62).

⁵⁹ No original: La tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones.

⁶⁰ No original: el fundamento de esta que yo llamo teoría convergente de la verdad (la antigua idea de la coherencia se acepta de nuevo), se encuentra en la consideración de que el momento subjetivo en cada conocimiento procede de una fuente distinta, mientras el momento objetivo, por el contrario, procede del mismo ente. Contraponer los momentos subjetivos los debilita mutuamente o los elimina; los momentos objetivos, en cambio, se remiten todos al punto de unidad del ente y se demuestran así como fundados.

A convergência, enquanto teoria, se sustenta por dois pilares: coerência e integridade. Não se deve confundir o objetivo de confirmação dos valores que se dá intersubjetivamente mediante consensos, com o fundamento de validade que se dá mediante uma convergência das partes em relação ao todo e vice-versa. Ademais, a coerência e a integridade são elementos que reforçam a estrutura harmônica de uma base axiológica, como também pode ser viável o estabelecimento de uma linha de historicidade na formação de tais valores.

A última das perguntas a ser respondida trata de como é possível um juiz chegar a uma decisão justa. Esse caminho quem trilha é Josef Esser. É necessário estar ciente de que a leitura que esse faz da Hermenêutica não oferece verdades ontológicas. Na verdade, ela se limita a revelar as condições pelas quais se compreende algo, em outras palavras, é uma descrição das condições das valorações do intérprete, que depende do estar ciente de sua situação existencial. Isto envolve o mundo como linguagem, Heidegger diria a totalidade em que o ser está inserido, permeado por pré-juízos, ideias, pré-conceitos e a verificação do ato de valoração que se dá de maneira intersubjetiva mediante a historicidade dos usos destes elementos. Não resta dúvida que colocada nestes termos, o pressuposto da Hermenêutica de Esser possui uma matriz da Hermenêutica Filosófica. Sua contribuição está no fato de a interpretação jurídica em seu caráter paradigmático ser acrescida de uma finalidade orientada à decisão jurídica. Neste sentido, em suas palavras:

A linguagem, é dizer, na comunicação de fundamentos compreensíveis, radica assim mesmo a superação da subjetividade e do perigo da arbitrariedade no ato ordenador – pressuposto que a linguagem seja sincera. Na linguagem possuímos por duplicada a chave para a garantia de justiça das decisões: mediante a compreensão do meio linguístico por parte do juiz e mediante a adequada fundamentação de sua decisão de cara ao entorno. Por adequada há de entender-se o respeito a referência àqueles juízos de valor que guiam e controlam o processo de seleção do juridicamente relevante em um sistema dogmático. Os juízos de valor antecipados, e até o encontro da decisão, todavia hipotéticos, são idênticos, ou têm que ser idênticos as garantias de justiça que se põem de manifesto nos fundamentos da sentença. Não são elementos emocionais ou volitivos, entendidos em um sentido psicológico⁶¹ (ESSER, 1983, p. 130).

⁶¹ No original: Nel linguaggio, cioè nella comunicazione di motivi ragionevoli, si trova anche il superamento della soggettività e del pericolo dell'arbitrio nell'atto di ordinamento - ammesso che il linguaggio sia attendibile -. Nel linguaggio possediamo in modo duplice la chiave per la

Assim, a busca de uma decisão justa na forma como Esser interpreta tal empreitada reside na capacidade de alcançar uma clareza no motivo da validade e seu tipo de valoração deste parâmetro. Isto só pode ser feito estando ciente da não neutralidade da linguagem nas valorações que ela media. No dizer de Esser, no Direito a linguagem assume o papel de transmitir modelos de decisão, valores e indicações de ação (ESSER, 1983, p. 133 e segs.). O que indica também em Esser uma preocupação em como lidar com elementos extralinguísticos do enunciado.

Acrescente-se que a percepção de Esser com a busca da decisão justa permite mudar a forma como se faz o controle da decisão judicial, já que na perspectiva do positivismo o controle da objetividade é garantido pelo processo metodológico da busca de uma vontade, seja do legislador, da lei ou do próprio intérprete. O controle de Esser indica o trabalho da objetividade a partir da intersubjetividade. A prática interpretativa desenvolvida por Esser trabalha o conceito de compreensão proveniente de Gadamer: “compreender não é conhecer que algo é assim, mas sim conhecer o fundamento e o sentido deste ser-assim⁶²” (ESSER, 1983, p. 117). Assim, o que importa para Esser é o uso das práticas interpretativas das escolas da interpretação jurídica, como também as razões pelas quais se decide assumir importância como critérios de interpretação para uma decisão jurídica. A objetividade da interpretação estaria no conhecimento dessas razões, e não no próprio uso metodológico. Não é por outra razão que assim apresenta o conceito de círculo hermenêutico:

O círculo hermenêutico consiste neste caso na relação de formulações de problemas e respostas da compreensão da norma, que concluindo no fato real de que sem juízo prévio acerca da necessidade de ordenação e possibilidade de solução, a linguagem

garanzia di giustezza delle decisioni: attraverso l'adeguata comprensione di un mezzo linguistico da parte del giudice e attraverso un'adeguata motivazione della sua decisione di fronte all'ambiente. Per adeguato si deve intendere l'inclusione di quei giudizi di valore che guidano e controllano il processo di scelta di ciò che è giuridicamente rilevante all'interno del sistema dogmatico. Questi giudizi di valore anticipati e ancora ipotetici fino all'individuazione della decisione, si indentificano e devono indentificarsi con le garanzie di giutezza, che diventano evidenti nei motivi del giudizio. Essi non sono elementi emozionali o volitivi in senso psicologista, tuttavia no si lasciano assolutamente nascondere dall'affermazione di contenuti normativi dati e da una vincolante fedeltá alla lege.

⁶² No original: Comprendere non è um símplice riconoscere che qualcosa è cosi, ma è riconoscere il motivo e il senso di questo esse cosí.

da norma não pode em absoluto expressar o que se pergunta: a solução justa⁶³ (ESSER, 1983, p. 133).

O círculo hermenêutico passa a ser um círculo aplicativo de um esforço pré-determinado à construção de normas jurídicas guiadas pelos critérios de uma visão de resultado em que mostra uma interpretação adequada junto a norma jurídica. Assim, o texto jurídico, de fato, permite várias expectativas compreensivas mediadas pela interpretação do sentido que precisa constantemente ser revista, relidas a partir de um critério adequado ao caso jurídico concreto. A pré-compreensão não é apenas uma forma de interpretar o texto, mas de controlar os prejuízos do intérprete de seus valores, de suas concepções de justiça, uso dos elementos de interpretação jurídica referenciados por Savigny. Seu intuito resume-se numa descrição do ato interpretativo que torna ciente a não neutralidade do uso da linguagem. Toda uma nova construção para o problema da legitimidade de uma interpretação, trazido pelo contexto do pós-guerra. A legitimidade de uma interpretação assume o caráter de um novo elemento da interpretação jurídica.

2.9 O realismo jurídico

Segundo Liborio Hierro (2009, p. 61), o realismo jurídico escandinavo utiliza uma definição de direito real, porque o considera como uma realidade específica de cunho imaginária, ademais a manipulação da realidade se faz mediante palavras. O seu pressuposto de origem se apoia na capacidade de “podemos empregar noções imaginárias em matéria jurídica e explicar como a usamos⁶⁴” (OLIVECRONA, 1959, p. 89). Neste aspecto, um realista se preocupa com a capacidade de captar conceitos abstratos, tais como obrigações, sem que se possa estabelecer suas realidades, ou seja, ainda que não se possa torná-las palpáveis. Em outras palavras, que noções jurídicas podem vir a corresponder a realidades fáticas.

A diferença consiste em que somente os direitos positivos tem em geral como corolário uma seguridade e um poder efetivos como sequela do funcionamento norma da maquinaria legal. Esse fenômeno paralelo seduz a doutrina levando-a a crer que os direitos

⁶³ No original: Il circolo ermeneutico consiste nel rapporto tra formulazione di problemi e risposte, intese como comprensione dela norma, quindi nel dato di fato che senza pregiudizio sulla necessità di disciplina e sulla possibilità di soluzione, il linguaggio dela norma no può assolutamente asserire ciò che gli si chiede: la giusta soluzione.

⁶⁴ No original: Para el propósito del presente tratado es suficiente señalar el heco de que empleamos nociones imaginarias em materia jurídica y explicar como las usamos.

positivos são realidades, e em consequência somente se descrevem como irreais os direitos naturais⁶⁵ (OLIVECRONA, 1959, p. 92).

Para um realista, a previsão de um direito positivo outorga um poder agregado ao sentimento de sua implementação. E, sendo assim, tal poder quando não respeitado ou necessário para sua vivência se torna efetivo a partir do aparelho estatal, o mesmo não ocorrendo com os direitos naturais. Olivecrona aduz também que a ideia da palavra direito está fortemente comprometida com o modo como se constroem realidades a partir das palavras, e o exemplifica mostrando uma compreensão diferente da forma como se compreende uma forma geométrica:

Cremos que essa palavra (direito) significa uma realidade objetiva, crença que é uma ilusão, como foi visto. O que temos em mente é, em modo primário, a palavra por si mesma. A realidade imaginada não está ainda claramente concebida; portanto, o quadro mental se altera quando se prescinde da palavra e colocam outras. Da maneira em que se emprega a palavra resulta aparente que ela significa um poder⁶⁶ (OLIVECRONA, 1959, p. 94).

O realismo jurídico se mostra como um movimento contrário ao uso desmesurado da metafísica no direito. Especialmente, porque procura compreender o Direito a partir de fatores empíricos. Eles utilizam uma concepção de linguagem que poderia se assemelhar ao primeiro Wittgenstein, já que neste existe na linguagem uma comparência do mundo, enquanto realidade (OLIVEIRA, 1996). Em sua perspectiva, Olivecrona realça o poder que as palavras possuem, especialmente no âmbito de sua significação. Neste aspecto, quem é capaz de predicar e possui poder para nominar, ou estabelecer o sentido das palavras, encontra no realismo jurídico a teoria perfeita para suas afirmações. Não é por outro motivo que Alf Ross estabelece, a partir do poder das palavras, o fundamento das decisões jurídicas.

De todo isto podemos deduzir que o papel desempenhado pelas conexões na determinação do significado consiste em que elas proporcionam o fundamento para decidir, sobre a base de certas hipóteses, das quais várias interpretações, cada uma delas possível

⁶⁵ No original: La diferencia consiste em que solamente los derechos positivos tienen em general como corolário una seguridade y un poder efectivos como secuela del funcionamiento normal de la maquinaria legal. Este fenómeno paralelo seduce a la doctrina llevánda-la a creer que los derechos positivos son realidades, y em consecuencia solamente se describen como irreales los derechos naturales.

⁶⁶ No original: Creemos que esa palabra significa una realidade objetiva, creencia que es una ilusión, como lo hemos visto. Lo que tenemos em la mente es, em modo primário, la palabra por sí misma. La realidade imaginada no está aún claramente concebida; por lo tanto, el cuadro mental se altera cuando se prescinde de la palabra y se la reemplaza por otras. De la manera em que se emplea la palabra resulta aparente que ella significa poder.

se tomam em conta o uso linguístico – é o mais provável⁶⁷ (ROSS, 1963, p. 112).

Alf Ross, ao considerar o poder das palavras, na esteira de Olivecrona, assenta-se no modo como se determinam o significado e o fundamento da decisão. Assim, a construção do direito em face da indeterminação mencionada por Kelsen se resolveria por uma questão de poder, não muito diferente de uma escolha política, como também o modo como se assenta o significado do texto jurídico estabelece o fundamento de uma decisão. Sem dúvida, assiste razão a Alf Ross, quando considera que o modo como se determina o significado das palavras influencia o fundamento de uma decisão jurídica. Mas o que faz essa determinação ser considerada válida para o direito? A resposta a essa pergunta inicia-se com a consideração de que normas jurídicas podem servir em razão da sua eficácia como critério de interpretação. Neste aspecto, Alf Ross relaciona o conceito de vigência com o de eficácia, uma pressupondo a outra. “Se segue daqui que os fenômenos jurídicos constituem a contrapartida das normas não podem ser outros que as decisões dos tribunais. É aqui onde temos que buscar a efetividade em que consiste a vigência do direito⁶⁸” (ROSS, 1963, p. 34). Quem determina a vigência das normas jurídicas são os tribunais, ao aplicarem-na efetivamente. Não é ingênuo pensar que a máxima “Direito é o que os tribunais dizem que é” esteja associada ao Realismo Jurídico. Disso advém o teste de vigência proposto por Ross: a vigência só se comprova, se conseguir fornecer uma maneira de explicar como os juízes atuam, como também em quais circunstâncias estão atuando. A vigência pressupõe a explicação do comportamento, de que os tribunais assentam sua postura mediante seus entendimentos jurisprudenciais. Alf Ross parte do pressuposto que um sistema de normas é vigente ao se explicar como esquema de interpretação para um conjunto correspondente de atuação social. E esta atuação social é pautada pelo Judiciário ao realizar a aplicação do direito. O grande objetivo de Ross é perceber o direito tratando as normas como critérios de ação. Neste sentido, ele apresenta o teste da vigência:

⁶⁷ No original: De todo podemos deducir que el papel desempeñado por las conexiones em la determinación del significado consiste em que ellas proporcionan un fundamento para decidir, sobre la base de ciertas hipótese, cuál de las varias interpretaciones – cada una.

⁶⁸ No original: Se sigue de aquí que los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales. Es aqui done tenemos que buscar la efectividad em que consiste la vigência del derecho.

O teste da vigência é que o sistema em sua integridade, usado como um esquema de interpretação, nos faça compreender, não só a maneira como atuam os juízes, mas também que eles atuam em tal qualidade. Não há ponto de Arquimedes para a verificação, não há setor algum do direito que receba a verificação antes que os restantes.⁶⁹ (ROSS, 1963, p. 36).

O que Alf Ross tenta desenvolver é a construção de uma explicação do ponto de vista interno na interpretação. Todavia, se refletirmos sobre o modo como os juízes são observados na aplicação do direito, não há como defender um ponto de vista externo (Arquimedes). Na verdade, ao tentar uma explicação conforme a noção de seguir uma regra e as transformá-las em ação, Ross abdica do ponto de vista interno e apoia a verificação de sua teoria em um ponto de vista externo, como a de um observador. Não é por outra razão que ele estabelece dois pontos essenciais no conceito de vigência: “parcialmente o acatamento regular, e externamente observável de uma pauta de ação, e, parcialmente experiência desta pauta de ação como uma norma socialmente obrigatória⁷⁰” (ROSS, 1963, p. 37). O que Ross tenta desenvolver é uma conciliação entre as abstrações do direito e o mundo dos fatos em que promove sua efetivação. Os pressupostos de seus conceitos ainda evidenciam uma dicotomia entre o abstrato (o mundo das ideias de Platão) e o empírico (o mundo real, fora da caverna).

O teste da vigência é, na verdade, um prenúncio para a verificação da verdade de uma proposição jurídica para o realismo jurídico. Ross desenvolve um método para verificar⁷¹ (ROSS, 1963, p. 39) se uma proposição é verdadeira e igualmente uma proposição sobre uma norma jurídica vigente, e assim afirmar possíveis asserções sobre ela.

⁶⁹ No original: El test de la vigencia es que el sistema em su integridad, usado como un esquema de interpretación nos haga comprender, no solo la manera como actúan los jueces, sino también que ellos actúan em calidad de tales. No hay, punto de Arquímedes para la verificación, no hay sector alguno del derecho que reciba verificación antes que los restantes.

⁷⁰ No original: parcialmente el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción, y, parcialmente la experiencia de esta pauta de acción como una norma socialmente obligatoria.

⁷¹ É um princípio da ciência empírica moderna que uma proposição acerca da realidade (em contraposição com uma proposição analítica lógico-matemática) necessariamente implica que seguindo um certo procedimento, baixo certas condições, resultarão certas experiências diretas. A proposição, por exemplo, isto é um giz implica que si observamos o objeto com um microscópio aparecerão certas qualidades estruturais; se lhe jogamos ácido, resultarão certas reações químicas: se esfregamos sobre uma lousa deixará traçada uma linha, etc. Este procedimento e denomina procedimento de verificação e se diz que a soma de implicações verificáveis constitui o conteúdo real da proposição.

Isto significa que não devemos interpretar as proposições acerca do direito vigente como proposições que aludem a uma validade inobservável ou força obrigatória derivada de princípios ou postulados *a priori*, mas sim como proposições que se referem a fatos sociais. É necessário por em claro quais são os procedimentos que permitem verificá-las, ou quais são as implicações verificáveis delas. Nossa interpretação, baseada na análise precedente. É que o conteúdo real das proposições na ciência do direito se refere às ações dos tribunais baixo certas condições⁷² (ROSS, 1963, p. 39).

Nesta passagem, evidencia-se que uma proposição jurídica só será verdadeira caso ela seja reconhecida pelos tribunais. Quer dizer, desde que ela explique uma ação comportamental dos tribunais. Todavia, Ross desenvolve seu procedimento de verificação, não sem antes criticar a validade nos termos em que Kelsen o fez, já que em sua visão o autor austríaco ao permitir que a verificação escalonada culmine na norma hipotética fundamental, norma pressuposta, esta validade seria inobservável. Ademais para combater a concorrência das ordens jurídicas, Kelsen repousa a primazia de uma delas não na validade, ma, sim, na força obrigatória. As condições que alude Ross para a verificação de uma proposição estão no reconhecimento dos enunciados vigentes como decisões futuras, em que as regras jurídicas serão aplicadas pelos tribunais, como também tal regra forma parte do fundamento da sentença como fator decisivo da conclusão do tribunal, e por último a ideologia⁷³ (ROSS, 1963, p. 74) normativa do juiz. Alf Ross defende o ponto de vista em que os juízes apoiam suas decisões em pontos de vista ideológicos que não jurídicos. Ross é partidário da visão retratada por Kantorowicz, em que primeiro o juiz decide, para depois adequar sua argumentação. A seu ver “a argumentação jurídica contida nos considerandos não é mais que uma fachada

⁷² No original: Esto significa que no debemos interpretar las proposiciones acerca del derecho vigente como proposiciones que aluden a una validez inobservable o fuerza obligatoria derivada de principios o postulados a priori, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales. Es menester poner em claro cuales son los procedimientos que permiten verificarlas o cuales son las implicaciones verificables de ellas. Nuestra interpretación, basada em el análisis precedente, es que el contenido real de las proposiciones de la ciencia del derecho se refiere a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones.

⁷³ Esta ideologia é o objeto da doutrina das fontes do direito. Constitui o fundamento da ordem jurídica e consiste em diretivas que não se referem diretamente ao odo como há de ser resolvida uma controvérsia jurídica, mas que indicam a maneira em que deve proceder o juiz para descobrir a diretiva ou diretivas que são decisivas para a questão em debate. Resulta claro que esta ideologia unicamente pode ser observada na conduta efetiva dos juízes. Esta ideologia é o fundamento para as predições da ciência do direito a respeito da maneira em que juízes reagirão no futuro. A ideologia das fontes do direito é a ideologia que de fato anima os tribunais e a doutrina das fontes do direito, é a doutra que se refere a maneira em que os juízes efetivamente se comportam.

dirigida a fazer-nos crer na objetividade da decisão⁷⁴ (ROSS, 1963, p. 43). Não é por outra razão que o Realismo jurídico não dá tanta importância à justificação das decisões judiciais.

O intuito de Alf Ross é a partir do procedimento de verificação estabelecer condições para que possibilitem prever as ações dos tribunais. Só que este intuito de previsibilidade faz com que o Realismo Jurídico não consiga separar muito bem o Direito da Política. Especialmente, porque, ao tentar prever a ação dos tribunais o que na verdade o realismo permite, diante da tentativa de reconhecer tendências, é a própria reafirmação tendenciosa da ação de um tribunal, o que por si só se constitui um fator político. Na verdade, não presta conta da revisão de seus próprios pressupostos interpretativos, ao invés, os incentiva sem um filtro. Toda essa descrição encontra guarida quando afirma Alf Ross:

As asserções referentes ao direito vigente são, de acordo com seu conteúdo real, uma predição de acontecimentos sociais futuros. Estes estão fundamentalmente indeterminados e não é possível formular a seu respeito predições isentas de ambiguidade. Toda predição é ao mesmo tempo um fator real que pode influir sobre o curso dos acontecimentos e é, nessa medida, um ato político. Fundamentalmente, em consequência, a ciência do direito não pode ser separada da política jurídica⁷⁵ (ROSS, 1963, p. 48).

A capacidade de influir em acontecimentos, a partir da possibilidade de prever ações, se retroalimenta de forma que torna a própria influência na sua própria percepção de como as coisas de fato são. Um exemplo disso é a maneira como o Realismo Jurídico lida com a possibilidade de decisões jurídicas erradas. Em verdade, o Realismo enxerga o direito como um instrumento de poder, especialmente por conceber a existência de uma relação de poder entre os que decidem o que é o direito e aqueles que se submetem a tal decisão. Se uma decisão é errônea, a melhor forma de explicá-la é observando no futuro os tribunais que irão divergir de tal decisão, já que Alf Ross acredita que “o problema do que é direito

⁷⁴ No original: La argumentación jurídica contenida em los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos crer em la objetividade de la decisión.

⁷⁵ No original: las aserciones referentes al derecho vigente son, de acuerdo com su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Estos están fundamentalmente indeterminados y o es posible formular a su respecto predicciones exentes de ambiguidade. Toda predicción es al mismo tiempo un factor real que puede influir sobr el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. Fundamentalmente, em consecuencia, la ciencia del derecho no puede ser separada de la politica jurídica.

vigente nunca se refere à história passada, mas sempre ao futuro⁷⁶” (ROSS, 1963, p. 49). Sua decisão de não considerar o passado, e quando o faz de forma secundária o coloca no papel de coadjuvante, relega a interpretação a simples função esclarecedora de palavras. “A atividade que se dirige a expor o significado de uma expressão se chama interpretação. Esta palavra se usa também para designar o resultado de tal atividade⁷⁷” (ROSS, 1963, p. 113). O papel da interpretação no realismo jurídico é o de tentar realizar uma descoberta, seja do significado das palavras, seja do raciocínio jurídico em uma decisão jurídica. Não é por outra razão que Alf Ross assim define o método jurídico, na visão de sua escola:

Temos que analisar por tanto a prática dos tribunais e tratar de descobrir os princípios e regras que realmente guiam o trânsito da regra geral a decisão particular. Esta atividade é denominada de método jurídico ou, no caso da aplicação do direito formulado (direito legislado em sentido amplo), interpretação⁷⁸ (ROSS, 1963, p. 106).

A preocupação em prever o comportamento dos tribunais transforma a interpretação em uma espécie de pensamento estratégico. Além de que, como pensamento estratégico visa sempre à previsibilidade, é também um pensamento consequencialista, preocupado com sua própria finalidade.

O Realismo jurídico também teve sua vertente nos Estados Unidos da América. Segundo Hierro Liborio (HIERRO, 2009, p. 62 e segs.), o realismo americano apresenta como características a regularidade comportamental na resolução das controvérsias e que a teoria da interpretação é um problema prático que se volta para a solução a ser obtida. Oliver Wendell Holmes desenvolve sua concepção de direito da seguinte forma:

O que é o Direito? Encontrareis que certos autores dirão que é algo distinto do que decidem os tribunais de Massachussets ou da Inglaterra, que um é um sistema da razão, que é dedução a partir de princípios de ética ou axiomas universalmente aceitos, ou coisa parecida, que pode ou não coincidir com as sentenças judiciais. Mas se adotamos o ponto de vista de nosso amigo o homem mal,

⁷⁶ No original: el problema de que es derecho vigente nunca se refiere a la historia pasada, suno siempre al futuro.

⁷⁷ No original: la actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión se llama interpretación. Esta palabra se usa también para designar el resultado de tal actividad.

⁷⁸ No original: Tenemos que analizar por lo tanto, la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la reglas que realmente los guían em el tránsito de la regla general a la decisión partícula. Esta actividad es denominada método jurídico jurídico, o en el caso de la aplicación de derecho formulado (derecho legislado em sentido amplio), interpretación.

veremos que a este lhe pouco importam os axiomas ou deduções, mas que em troca lhe interessa saber que é o que em efeito tem de resolver provavelmente os tribunais de Massachussets ou da Inglaterra. Eu opino de maneira bastante parecida. Eu entendo por Direito as profecias acerca do que os tribunais farão em concreto: nada mais nem nada menos⁷⁹ (HOLMES, 1959, p. 20-21).

O Direito nesta concepção é visto em função das práticas que a autoridades judiciais desempenham. A definição de Holmes sustenta três teses fundamentais para o realismo jurídico: como se concebe sua forma de ver a interpretação, que tipo de ente é o direito e, por último, como se podem realizar afirmações verdadeiras sobre o Direito. A primeira pergunta obtém como resposta que a interpretação do direito é uma atividade decisória e não cognitiva, como pensava Kelsen. Em segundo lugar, o direito é formado por um conjunto de fatos sociais e estes só são compreensíveis com base em normas efetivamente aplicadas no passado e que servem de previsibilidade para o futuro. E, por fim, só se podem realizar afirmações verdadeiras sobre o direito, se houver uma descrição pormenorizada das normas efetivamente aplicadas pelas autoridades jurisdicionais. Logo, uma proposição só será verdadeira para Holmes, se ela for de cunho normativo e souber qualificar o comportamento de uma autoridade jurisdicional predizendo um comportamento futuro, que se constitui na forma de um fato. Esta é a validade do Direito para o Realismo Jurídico, que sustenta seu ponto de vista na eficácia do Direito.

2.10 Conclusões parciais

O método fenomenológico apresenta três elementos: o primeiro é a redução a partir “como hermenêutico”. O segundo a destruição que estabelece a diferença ontológica. O terceiro é a construção, uma apropriação positiva do passado, a revisão dos prejuízos legados pela tradição. Estes três elementos foram colocados em prática neste capítulo da seguinte maneira: o passo para trás em busca das

⁷⁹ No original: Que és el Derecho? Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachussets o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero se adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que em cambio le interessa saber qué es lo que em efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entendo por Derecho las profecias acerca de lo que los tribunales harán em concreto: nada más ni nada menos.

origens das práticas interpretativas do Direito com base em dois aspectos, sendo o primeiro em como os direitos derivam dos textos e o segundo na capacidade de adaptação da vida. Esses dois aspectos foram os guias que permitiram o diálogo com a tradição das práticas interpretativas. Apresentou-se como fio condutor o que Esser chamou de “ser-assim”, buscou-se conhecer o fundamento e o sentido de a interpretação jurídica ser-assim, do jeito que ela é.

Interpretou-se o ser de Martin Heidegger como fio condutor de liberação da subjetividade do pensamento. O ser-assim é o caráter ontológico da compreensão. O sentido da interpretação nas escolas hermenêuticas possuiu um caráter múltiplo em cada época, o que forneceu seu aspecto ôntico. Isto só foi possível desconstruindo as práticas interpretativas e propiciando a diferença ontológica, especialmente na forma como cada escola trabalhou a relação entre texto e norma jurídica, além da sua adaptação às necessidades da vida social.

O terceiro elemento propiciou uma apropriação positiva do passado nos seguintes termos: todas as leituras do Direito discutem a multiplicidade do fenômeno chamado - o sentido da interpretação - não o que gera essas múltiplas imagens o “ser-assim”. A tradição jurídica o esqueceu, apenas o pensou como ente (a interpretação do sentido), e não o ser-do-ente (ser-assim - conhecer o fundamento e o sentido de a interpretação jurídica).

Empreendeu-se uma tentativa de construir um caminho partindo da compreensão do que disse a tradição e o que se faz do sentido e do significado da interpretação do texto (GADAMER, 2007, p. 396). Ao compreender o que disse a tradição, em verdade se estabeleceu uma relação com o passado. Nesta relação, Gadamer afirma que “também em seu caso compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente⁸⁰” (GADAMER, 2007, p. 400). A vigência do sentido é o elemento mais importante da interpretação jurídica. A compreensão do texto jurídico não se faz sem uma tradição, não parte de um grau zero, não se inicia com o intérprete, mas na verdade reconhece-se a necessidade de estabelecer como se vem interpretando e fundamentando o sentido do texto. Toda e qualquer quebra dessa vigência de sentido implica em uma tentativa ativista de interpretação do Direito. A vigência do sentido é a própria tradição de como se vem compreendendo um texto.

⁸⁰ No original: También, en su caso comprender y interpretar significa conocer e reconocer un sentido vigente.

Mas uma interpretação que não se submeta a regras e não se preocupe por estabelecer uma coerência e respeito a modelos de decisão estabilizados e já argumentativamente ponderados corre sempre o risco, precisamente por ser infundada, de precipitar-se em uma violência e um arbítrio literalmente insensatos⁸¹ (ZACCARIA, 2004, p. 231).

Uma interpretação que não leve em conta a tradição destrói todo o controle intersubjetivo que dela se faz. Significa uma tentativa de apropriação do sentido do texto a partir de um decisionismo do intérprete em sua individualidade solipsista. Em outras palavras, não se pode interpretar um texto da melhor forma que lhe aprouver. Isto não quer dizer que não haja mudanças dentro da historicidade da compreensão do texto jurídico, as mudanças carregam a continuidade da discussão na tradição, a quebra encerra a própria tradição. Uma interpretação que se revela adequada, primeiro verifica como se vem compreendendo o sentido do que se interpreta, e não simplesmente determina arbitrariamente um novo sentido. Na vigência do sentido, descobre-se o modo de ser do Direito positivo, segundo Karl Larenz:

O modo de ser do Direito (positivo) é a sua vigência. A vigência jurídica é um ser de espécie peculiar. É espaço-temporalmente condicionada, produto de processos voluntários históricos e irrepetíveis, e permanece enraizada na realidade temporal de que brota (LARENZ, 2000, p. 156).

Se a vigência é condicionada temporalmente, como capacidade de impor uma determinação da conduta social, então esta necessita de uma validade que sustente e justifique essa imposição. Assim, tem-se validade significando: “vigência do sentido do juízo válido, respeito do objeto pensado nele, e adquire assim a significação de validez objetiva e de objetividade em geral⁸²” (HEIDEGGER, 2006, p. 179). O juízo de validade apresenta-se como o mais importante elemento da tradição do Direito que alia a experiência da historicidade jurídica e, por outro lado, a orientação das diversas modificações e circunstâncias às quais está estabelecido o Direito (ZACCARIA, 2007, p. 328). O cuidado sobre a compreensão do juízo de

⁸¹ No original: mas una interpretación que no se someta a reglas y no se preocupe por establecer una coherencia respecto a modelos de decisión estabilizados y ya argumentativamente ponderados corre siempre el riesgo, precisamente por ser infundada, de precipitarse en una violencia y un arbitrio literalmente insensatos.

⁸² No original: Validez significa también la vigencia del sentido del juicio válido, respecto del objeto mentado em él, y adquire así la significación de la validez objetiva y de objetividade en general. El sentido que de esta manera vale del ente, y que es intemporalmente valedero em sí mismo, vale, además, em el sentido del valor para todo el que juzga racionalmente. Validez quiere decir ahora carácter vinculativo [verbindlichkeit], validez universal.

validade⁸³ (STRECK, 2012, p. 83) revela a característica da autonomia do critério que serve de interpretação para lidar com o Direito.

Eis o ponto a ser discutido no próximo capítulo, pois o novo elemento da interpretação jurídica, a legitimidade, tem que ser pensado no relacionamento entre Direito, Moral e Política. Toda vez que a autonomia do Direito não for respeitada, é possível dizer que também houve uma decisão ativista. O Direito não pode ser corrigido nem pela moral, que residiria uma verdadeira profissão de fé, como também não poderia ser corrigido pela política, o que redundaria em uma questão meramente de poder. Eis a construção do terceiro passo do método fenomenológico.

⁸³ O problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das normas.

CAPÍTULO 3 – O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – O DIREITO HOJE É QUEM DETERMINA O SENTIDO DO DIREITO

3.1 O relacionamento entre Direito, moral e política: a contextualização do problema do ativismo judicial em face da autonomia do direito

A importância que se dá à análise do relacionamento entre Direito, Moral e Política volta-se para compreensão da autonomia do Direito. Desde que este começou a ser descrito na história, observa-se que o *logos* explicativo de determinada época deu importância a um dos três elementos supracitados.

O relacionamento entre Direito, Moral e Política já teve a primazia de cada um deles em relação aos demais. Somem-se a isso as teses de separação e junção do Direito e a Moral. Constata-se que toda vez que se está diante de uma fase de mudanças estruturais na sociedade, o relacionamento desses três também se altera. Em seu conjunto, poder-se-ia dizer que há a formação de um *ethos* social, sendo constituinte da compreensão de mundo de cada época. Dado o tamanho do trabalho, houve a necessidade de realizar um corte epistemológico e o retrato de posições no relacionamento de maneira mais sucinta.

Primeiramente, a idade média recebe uma nova significação da palavra usada como Direito. Se antes direito chamava-se *jus* com o fim de alijar qualquer referência axiológica na qualidade de um adjetivo, agora Direito passaria a ser *directum*, um substantivo voltado para a retidão das condutas a partir das normas sob a influência estoica e cristã.

Em uma primeira impressão, o Direito é permeado pela moral em razão das influências estoica e cristã. Percebe-se a primazia da Moral em relação ao Direito e à Política. Quem detinha o monopólio da ideologia era Igreja Católica. E, por ser assim, percebe-se que quem o domina “esquece” ou usa a política em favor de si mesmo. Uma prova disso é a indagação sobre qual era o problema da Igreja na idade média. Esta residia em uma questão de fé. Por meio da fé, quem determinava as verdades e possuía o monopólio da interpretação era a Igreja. Nelson Saldanha aduz que neste período tem-se, pois: “Um método com substrato teológico, ligado a uma cosmovisão estática e a uma imagem hierática das coisas, além da referência feita a determinados textos” (SALDANHA, 2005, p. 26). Em um segundo momento, já chegando à Idade Média, tem-se:

Com o Renascimento os fermentos nominalistas e voluntaristas acentuaram a afirmação das tendências individuais frente as uniformizadoras próprias do ideal medieval de um conjunto de valores Morais jurídicos e políticos cifrados na pertinência de todos os seres humanos a uma ordem natural e universal. A reforma protestante representou a ruptura definitiva da unidade espiritual Cristiana conformadora da unidade do ethos social do medievo (LUÑO, 2006, p. 113).

Neste contexto, três autores ganham relevância. Maquiavel propõe que a política seja a vida dos homens sem pautas jurídicas ou éticas. Bodino faz perceber que as leis dependem de quem está no poder. E, por último, Hobbes dá validade às construções dos dois autores, ao defender que as leis dependem da autoridade política e não de seu valor moral. Nesta perspectiva, ganha ascensão a Política, em relação ao Direito e a Moral. Impera a feição do absolutismo monárquico. Os reis passam a ter o monopólio da relação entre Direito, Moral e Política.

O problema da Igreja era uma questão de fé. O problema dos reis residia em sua bondade. Esse argumento personifica sua própria autoridade ainda que seja de Jules Michelet⁸⁴ (MICHELET, 1989, p. 79). O rei era bom para atender as necessidades da nobreza e de quem conseguia estar a sua volta, quem não conseguia ficava à míngua. Esse tipo de privilégio foi duramente combatido na revolução que se seguiu, a francesa por óbvio.

O contexto da revolução é permeado por três pilares. Primeiro, pela mudança de consciência em relação à dignidade moral que agora deriva do Homem. Segundo, de legitimidade racional e democrática do poder ao reconhecer todos sem privilégios estamentais faz da lei o elemento principal do Direito. Terceiro, a projeção diante da desordem causada pela ausência de leis revela a tentativa de formação de um direito completo diante da codificação para regular a sociedade de forma coerente, segura e previsível. Desde então, começa a haver uma importância do Direito em detrimento da Política e da Moral. Ainda que quem dominasse o monopólio da ideologia fosse a burguesia, seu paradigma capitalista foi um dos fatores que levou às guerras que marcaram um novo redimensionamento do Direito, da Moral e da Política. Neste caso, o problema foi que o Direito permeado pelos positivismo da época serviu de justificção aos desmandos dos nazistas e

⁸⁴ A França está em boas mãos. Tudo vai bem. Um rei tão bom, uma rainha tão amável... A única dificuldade é que, independentemente dos pobres privilegiados que estão em Versalhes, há uma outra classe, não menos nobre e bem mais numerosa, os pobres privilegiados de província, que nada têm ou recebem, dizem eles; transpassam os ares com seus gritos.... Esses, bem antes do povo, começarão a Revolução.

fascistas. Então, o problema da ascensão do Direito em detrimento da Moral e da Política reside no melhor argumento para justificar as desgraças que a humanidade passou, estamos cumprindo ordens.

Quando do fim da segunda guerra mundial, com a captura e julgamento de vários nazistas, as descobertas do genocídio e atrocidades propiciaram a percepção que tudo que eles fizeram era legal, ou seja, eram reconhecidos legalmente como jurídico. E quando perguntados em Nuremberg por suas justificativas, a única resposta possível foi: “Estávamos cumprindo ordens!” Eis o problema da ascensão do Direito sem um fundamento moral e corrigido pela política. O Direito sem a Moral às vezes se mostra incapaz de conter uma questão de fundo mais importante, a capacidade que se tem de desenvolver um critério sobre como devemos nos tratar em sociedade, ou seja, a moralidade. Sem um critério de tratamento entre os semelhantes de determinada comunidade não há uma legitimidade que sirva de alicerce a uma ordem livre, justa e igualitária.

A legitimidade coloca um novo elemento tanto na discussão da interpretação jurídica, como no relacionamento entre Direito, Moral e Política. Os dois autores que melhor debatem sobre a legitimidade para o Direito e suas implicações são Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

Na visão de Dworkin (2012), a legitimidade apresenta duas dimensões: a primeira de como o governo obteve o poder, a segunda de como o governo exerce este poder. O critério que garantiria legitimidade aos governos, em sua visão, apresenta-o na forma de tratamento dos cidadãos com igual consideração e respeito. Assim, a análise da legitimidade é transformada em conceito interpretativo e que necessita do seguinte ajuste:

Por conseguinte, a avaliação da legitimidade requer um juízo interpretativo distinto, que, em muitos casos, será difícil. Será que entendemos melhor um exemplo de injustiça, se o virmos como a expressão de uma compreensão errada daquilo que é exigido ela preocupação e respeito iguais? Ou antes como uma rejeição completa dessa responsabilidade? (DWORKIN, 2012, p. 330)

A avaliação que se faz da legitimidade envolve critérios de justiça e de moralidade política. De justiça, porque envolve a responsabilidade do uso do poder e de moralidade política, de como devemos nos tratar em sociedade, quando se exige um critério de igual consideração e respeito. Alguém duvidaria que um Rei se dedica aos seus súditos para que eles tenham melhor qualidade de vida ou apenas para um

grupo de lordes? Isto também é mais fácil quando se tem ditadores, eles relegam a segundo plano a responsabilidade de tratar todos com igual consideração e respeito, especialmente aqueles que discordam do modo como o poder foi obtido. Todavia, em democracias mais estabelecidas, a percepção da legitimidade se torna mais difícil, devido ao fato de que nem sempre as leis que geralmente são criadas com as melhores “intenções possíveis” sejam usadas para a discriminação de seus cidadãos de modo a não respeitar o critério de igual consideração e respeito, o que torna uma questão de saber quando uma conciliação legal se adequa ou não a tal critério. A relação entre Direito e Política, neste caso, não se faz mediante uma determinação recíproca, mas, sim sobre critérios de ajuste para uma boa vida em sociedade.

Já para a relação entre Direito e Moral, Dworkin estabelece a metáfora da estrutura em árvore para explicar a respeito. Todavia, antes indaga sobre: “até que ponto a moral é relevante na determinação que a lei requer sobre alguma questão particular?” (DWORKIN, 2012, p. 410). Dworkin apresenta duas teorias sobre a relação. A primeira ele chama de positivismo legal, em que sustenta a tese da separação e o interpretativismo em que aceita uma relação entre Direito e Moral, ao levar em consideração o relacionamento das regras reconhecidas na comunidade política aliando a princípios que sustentariam a melhor justificação moral para tais regras. Na visão de Dworkin, a metáfora da estrutura em árvore serviria de fundamento para a posição que sustenta o interpretativismo. Vejamos:

Nas últimas partes deste livro, vimos crescer uma estrutura em árvore. Vimos como a moral pessoal pode decorrer da época e, depois, como a moral política pode decorrer da moral pessoal. O nosso objetivo era integrar aquilo que é normalmente encarado como departamentos separados da avaliação. Podemos colocar facilmente o conceito doutrinal de direito nessa estrutura em árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política. O problema mais difícil é saber como este conceito deve ser distinguido do resto da moral política – como estes dois conceitos interpretativos devem ser distinguidos para vermos um como parte distinta do outro. Qualquer resposta plausível terá de se centrar no fenômeno da institucionalização (DWORKIN, 2012, p. 414).

Dworkin envereda para a distinção entre direitos políticos e direitos morais, baseando-se na regra de reconhecimento de Herbert Hart, como também a distinção entre direitos legislativos, dependente das instituições para se fazer valer, e dos direitos legais, que não dependem delas para seu exercício. Nesta diferença, Dworkin associa os direitos legislativos à filosofia política e os direitos legais à teoria

do Direito. Todavia, considera que a teoria do Direito é também uma teoria política especialmente quando indaga os motivos pelos quais as pessoas passam a ter direitos e obrigações. Isto é assim porque Dworkin aborta o problema da fórmula Radbruch, do ponto de vista da argumentação política. Como consequência, os direitos legais seriam também direitos políticos constituindo um ramo especial, porque só conseguiriam fazer-se valer a partir das instituições como dotadas de cunho decisório. A construção de Dworkin rejeita qualquer fundamento metafísico para as questões sobre o que é o Direito e o que ele deveria ser, na verdade ele as une. Inclusive, sem permitir que a moral corrija o Direito.

Já Habermas aborda o mesmo problema de uma concepção procedimental, que por vias diversas contribui para os mesmos fins que Dworkin se propõe, já que Habermas (HABERMAS, 2005, p. 218) defende a autonomia do Direito quando considera que o Estado de Direito como uma exigência na relação entre o poder administrativo e o poder comunicativo, criador do direito, no intuito de livrá-lo de interferências dos interesses privilegiados. Para que os interesses privilegiados não realizem uma correção do Direito pelo simples implemento do poder, Habermas apresenta a forma como a legitimidade se insere no Direito e no Estado regulado por este.

Não é a forma jurídica como tal que legitima o exercício da dominação política, mas só a vinculação ao direito legitimamente estatuído. E em nível pós-tradicional de justificação só pode se ter por legítimo o direito que pudesse ser racionalmente aceitado por todos os membros da comunidade jurídica em uma formação discursiva da opinião e vontade comuns⁸⁵ (HABERMAS, 2005, p. 202).

O que Habermas propõe é resolver o problema da legitimidade na origem das discussões de formação da vontade política. A participação de todos é o pressuposto da comunicação e formação de uma vontade institucionalizada que aceita o caráter vinculante dos consensos a que se chega. Assim, a vigência e a eficácia dos direitos se fazem mediante decisões coletivamente consideradas e juridicamente procedimentalizadas. Eis a conexão interna que existe entre Direito e o poder político.

⁸⁵ No original: no es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legitimamente estatuído. Y em el nivel postradicional de justificación sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidade jurídica em una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes.

Já quanto à relação entre Direito e Moral, Habermas estabelece a seguinte tese: “só através de uma racionalidade procedimental que preenche o conteúdo moral pode extrair a legalidade, sua própria legitimidade⁸⁶ (HABERMAS, 2005, p. 536).” A racionalidade procedimental habermasiana garante a institucionalização dos argumentos morais. Esta impede que a efetivação de direitos sociais se traduzam em políticas a serem implementadas a partir da concretização e adequação de conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados, especialmente pela falta de mecanismos de controle das decisões judiciais. Na visão do autor, conforme esta crítica, o Judiciário não seria o local mais adequado para uma discussão sobre Direito e a Moral. Na verdade, Habermas apresenta o Legislativo baseado na estrutura de regras, local propício a oferecer melhores condições de ajustar-se ao princípio da igualdade ante a lei.

O autor acredita que pela característica da generalidade das discussões, seu conteúdo essencial não se submeteria à troca constante de contextos. E por causa deste caráter geral e abstrato, a justificação das leis só se faz mediante princípios de conteúdo moral. Em verdade, o que Habermas garante é: a legitimidade há de fazer-se derivar de uma relação interna entre direito e a moral. Habermas também estabelece uma conexão interna entre Direito e a moral. Isto também não quer dizer que a moral corrige o Direito. Tanto em Habermas, quanto em Dworkin, ambos admitem a tese de que a moral apenas determina o conteúdo do Direito. Uma vez determinado, este não poderá ser corrigido, o que garantiria a sua autonomia. O fato é que a validade da visão habermasiana está apoiada nos resultados obtidos conforme o procedimento. Assim, a tese de Habermas se completa:

Minha tese de que o direito procedimentalizado e fundamentação moral de princípios são coisas que se remetem uma a outra. A legalidade só pode engendrar a legitimidade na medida em que a ordem jurídica relacione reflexivamente a necessidade de fundamentação surgida com a positivação do direito, e nele de sorte que se institucionalizem procedimentos jurídicos de fundamentação que sejam permeáveis aos discursos morais⁸⁷ (HABERMAS, 2005, p. 556).

⁸⁶ No original: Y esa racionalidade procedimental se debe a um entrelazamiento de dos tipos de procedimientos: las argumentaciones morales quedan institucionalizadas con medios jurídicos.

⁸⁷ No original: mi tesis de que derecho procedimentalizado y fundamentación moral de principios son cosas que se remiten la na a la outra. La legalidade sólo puede engendrar legitimidade em la medida em que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida com la positivación del derecho, y ello de suerte que se

Como consequência de sua tese, Habermas (2005) coloca o Direito entre a Moral e a Política, e corrobora do ponto de vista de Dworkin, quando o autor alemão afirma que os argumentos de que tratam a interpretação da lei se unem com argumentos relativos a objetivos políticos, como também a argumentos de justificações morais.

Entre Dworkin e Habermas houve um debate, em que Klaus Günther (GÜNTHER, 1998, pp. 5-23), como moderador, estabeleceu as concordâncias e as discordâncias. O título do artigo faz uma pergunta a ambos: impera o Direito sobre a Política? Dworkin e Habermas concordam: primeiro, os direitos básicos podem ser instrumentos contra a legislação, o que significa que não são barreiras ao processo político de autodeterminação democrática; segundo, os enunciados morais possuem pretensão de verdade, mas discordam quanto à forma de compreender tal pretensão; terceiro, existe uma conexão interna entre direitos humanos e soberania popular, mas isto só é possível por meio da institucionalização jurídica; quarto, nem o Direito deve reger a Política, nem esta deve reger o Direito.

Já as discordâncias giram em torno do conceito de democracia, pois Dworkin adota a tese do comunitarismo, enquanto que para Habermas as ações dos sujeitos morais independem de um vínculo recíproco. A autodeterminação dos indivíduos se dá do mesmo modo que em Kant, ou seja, a partir do momento que me autoimponho uma lei geral, passo a ser livre. Para Dworkin, o direito é uma condição da democracia; para Habermas, o direito é constitutivo da democracia. Outro ponto de discórdia está na pretensão da verdade moral das interpretações, Habermas acusa Dworkin de realista moral, mas não sabe explicar a razão pela qual os direitos em uma democracia são criados a partir do “merecimento moral” de cada indivíduo. Só em externar o ponto de vista do merecimento, Habermas estaria contrariando a sua própria tese de que a verdade de uma afirmação moral é independente de opiniões, todavia, a questão do merecimento já é por si mesma uma opinião.

Em suma, o debate entre Dworkin e Habermas evidencia que ambos querem os mesmos fins, todavia por vias diferentes. A importância da visão de cada um dos dois contribui para acentuar os perigos e as possíveis insurgências da Moral e da Política como correção do Direito. Admitir argumentos morais ou políticos para

intitucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos Morales.

correção do Direito é lesar sua autonomia, e assim também oferece meios de estabelecer o que faz uma decisão judicial ser ativista.

3.2 Judicialização da política: definições e diferenças

A garantia de um Direito autônomo em face das nuances do Poder e da aparente facilidade da adjetivação da Moral aos problemas jurídicos assume uma nova discussão diante da legitimidade da jurisdição constitucional e seu relacionamento com o princípio democrático e a capacidade da administração pública em lidar com problemas sociais. A legitimidade de uma interpretação constitucional envolve o problema do respeito às competências estabelecidas na Constituição brasileira, bem como até que ponto existe permissão para decidir questões de políticas públicas ou de implementação de direitos. Nesta temática, Gustavo Just situa o problema da legitimidade e da interpretação jurídica da seguinte forma:

O problema da legitimidade da justiça constitucional aparece então como referência temática propicia a busca das conexões de sentido entre a teoria da interpretação e as formas (e as correspondentes representações teóricas) da organização política e constitucional – a própria existência do controle de constitucionalidade opera inclusive uma confluência dos problemas surgidos e das soluções cogitadas nesses dois planos (JUST, 2005, pp. 25-32).

Nesta situação, Just afirma que o problema da legitimidade alterou tanto a teoria da interpretação, quanto a democracia representativa. A primeira exigiu um redimensionamento de um critério de leitura do Direito para obtenção de sua validade, a partir da legitimidade, assim mostrado neste trabalho. A segunda evidencia que na organização política, a legitimidade mostrou as insuficiências da vontade política em que se apoiava na vontade do legislador como produto pronto e acabado, sem levar em consideração critérios de participação da vontade política.

Aliando-se em um mesmo plano: teoria da interpretação e os problemas de representação de uma democracia, evidencia-se que o problema de legitimidade da justiça constitucional é uma referência temática entre teoria da interpretação e organização política-constitucional, de modo que o controle de constitucionalidade se coloca no meio deste problema, pois o exercício do controle de constitucionalidade tanto pode ser visto como uma arma em que aponta para a diminuição da competência do legislativo garantidor da formação legítima da

vontade, ou como salvação de um exercício contramajoritário de maiorias eventuais que queiram sobrepor a minorias. O exercício contramajoritário é compreendido da seguinte maneira:

O cerne de qualquer determinação que uma lei discrimina injustamente grupos - os negros, ou mulheres, ou mesmo os homens - não é que a lei emerge de um processo falho, ou que a carga que impõe afeta um direito independente fundamental, mas que a lei é parte de um padrão que nega os particulares uma oportunidade significativa para perceber a sua humanidade⁸⁸ (TRIBE, 1980, p. 1077).

Pode-se reconhecer que o problema da legitimidade da jurisdição constitucional se faz pela forma de como se interpreta a Constituição, seja para expandir a competência do Judiciário em detrimento do poder Legislativo ou como garantia da própria existência democrática de uma comunidade. Entretanto, se a via escolhida é o controle da integridade e coerência das decisões judiciais ou apenas o reconhecimento das garantias procedimentais de participação na formação da vontade política como critério de interpretativo, seria outra questão de meio para garantir os mesmos fins, a legitimidade e autonomia do Direito.

O objetivo é reduzir desacordos na origem das nossas próprias interpretações, já que os próprios problemas a serem resolvidos possuem desacordos em si mesmos. Como afirma Robert Dahl:

Do mesmo modo, são casos em que competentes estudiosos do direito constitucional, englobando até mesmo os experientes juízes da Suprema Corte entram em desacordo: em que as palavras da Constituição são gerais, vagas e ambíguas ou não claramente aplicáveis; em que a jurisprudência pode ser encontrada em ambos os lados (DAHL, 2013, pp. 25-43).

Quais critérios um Tribunal se vale para resolver este tipo de controvérsia? O mesmo é capaz de estabelecer e evidenciar o critério de decisão tomada para um controle de legitimidade de suas decisões. Um exemplo disso reside na simples pergunta: uma corte constitucional pode formular ou apenas analisa procedimentos de criação de políticas públicas para implementar direitos? Retratamos o ponto de vista de Robert Dahl, quando este afirma que: “o fundamental é a medida na qual uma corte ou tribunal pode ou toma decisões sobre políticas públicas desviando-se

⁸⁸ No original: The crux of any determination that a law unjustly discriminates against group - blacks, or women, or even men - is not that the law emerges from a flawed process, or that the burden it imposes affects an independently fundamental right, but that the law is part of a pattern that denies those subject to it a meaningful opportunity to realize their humanity.

dos critérios jurídicos encontrados na jurisprudência, nas leis e na Constituição” (DAHL, 2013, p. 26)

Neste aspecto, não importa o quão diverso é o conteúdo de demandas a que um tribunal é submetido para decidir, mas, sim, de quais critérios se utiliza. No caso da resposta de Robert Dahl, temos que enfrentar a seguinte questão: Cortes Constitucionais são instituições políticas ou jurídicas? Se respondermos que o STF é uma instituição política, temos que admitir que ele pode formular políticas que revelam escolhas entre alternativas que não sabemos de antemão se vão dar certo. Ou ninguém nunca se apercebeu do alto risco de a implementação de alguns programas de governo vir a ser nula, do ponto de vista dos resultados almejados. É certo que como instância política, boa parte da discussão não teria mais que ser feita, mas se vamos admitir uma corte essencialmente como uma instituição política, também vamos ter que admitir a tese de que suas decisões são políticas e escolhas políticas são livres para não se submeterem a critérios jurídicos. O que traria como consequência que uma Corte Constitucional, quando defrontada diante do julgamento sobre a legalidade de um processo de *impeachment*, poderia se satisfazer apenas com juízos políticos para decidir o caso. Necessário rechaçar de plano essa tese, pois estaríamos admitindo que a Política poderia corrigir o Direito, o que ressaltaria a nossa própria carência em aprender com os erros do passado. Além de que, pensadores como Habermas e Dworkin, precursores do debate entre procedimentalismo e substancialismo, admitiram a própria incongruência dessa posição.

Todavia, se vamos admitir que uma Corte possui obrigação de fundamentar suas decisões de forma jurídica, passamos a reconhecer o critério de legitimidade da jurisdição constitucional. Ela só se justifica quando a concepção e o controle da jurisdição constitucional admitem que a legitimidade de suas interpretações só será válida quando não se deixar decidir com base em argumentos de política ou de moral. O que agrada tanto procedimentalistas, quanto substancialistas, seja diante de uma conexão interna ou como galho de uma árvore. Assim, temos permissão para dizer que o problema não reside na multiplicidade de assuntos que uma Suprema Corte é chamada a decidir, especialmente aqueles assuntos em que foram judicializados pela política, mas, sim, como ela decide. Como consequência, irá redundar em uma postura ativista ou não de sua parte.

Urge saber o que de fato pode ser conceituado como Judicialização da política, e também suas causas. Quem nos auxilia nessa empreitada é Ran Hirschl, pois:

Judicialização da política é habitualmente tratada de maneira muito pouco refinada, como um resultado natural da prevalência do discurso dos direitos fundamentais. Às vezes, a Judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial, prestando-se pouca ou nenhuma atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do escopo do direito a um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação (HIRSCHL, 2013, pp. 139-178).

Neste sentido, Hirschl associa o termo “judicialização da política” em função da expansão das necessidades contingentes das sociedades modernas contextualizadas em um Estado de bem-estar social, como também a expansão das competências dos tribunais e seus julgamentos sobre políticas públicas. Essas questões representaram tanto uma judicialização das relações sociais, quanto matérias de justiça processual em busca de equidade nas relações da esfera pública. Em verdade, Hirschl aponta que as questões de afirmações de direitos, com as quais um tribunal se depara, decorrem de uma crença na qual imagina que a implementação destes é satisfeita quando são determinados e juridicamente reconhecidos por um tribunal. Tal crença na afirmação judicial de direitos representaria uma força de mudança social ante os déficits de concretização de direitos sociais. Esquecem, todavia, que para isso acontecer é preciso uma mobilização maciça da sociedade civil e da existência de estruturas sociais adequadas para tal implementação. Este argumento trazido pelo autor pode servir para revelar a constante sede por parte de alguns tribunais em tentar concretizar direitos a partir de suas próprias decisões.

O surgimento desse novo método de busca de objetivos políticos e de gestão dos assuntos públicos tem sido acompanhado e reforçado por um apoio quase inequívoco da noção de constitucionalismo e revisão judicial, tanto por estudiosos como por juristas e ativistas. De acordo com a versão genérica desta visão canônica, a prova suprema da democracia em nossos tempos é a crescente aceitação e aplicação da ideia de que a democracia não é a mesma coisa que a regra da maioria; Que em uma democracia real (ou seja, uma democracia constitucional e não uma democracia governada predominantemente pelo princípio da soberania parlamentar), as minorias possuem proteções legais na forma de constituição escrita, que mesmo a assembleia democraticamente eleita não pode mudar. Sob esta visão de democracia, uma declaração de direitos é parte da

lei fundamental, e os juízes que são removidos das pressões da política partidária são responsáveis pela aplicação desses direitos⁸⁹ (HIRSCHL, 2007, p. 1-2).

A passagem de Hirschl evidencia uma mudança no modo como um debate democrático passou a ser feito. Ademais, não é porque são questões políticas que chegam a um tribunal constitucional, que devem ser resolvidas por critérios políticos ou argumentos políticos, uma vez que a discussão não se faz nos termos tal qual ocorreria se acontecesse no poder legislativo. Eis o ponto principal: os membros dos tribunais constitucionais estão isentos das pressões políticas de natureza partidária, e não teria como ser diferente, não possuem nenhum vínculo de natureza representativa, mais um motivo também para não se valerem de argumentos políticos em suas decisões, ante a falta de legitimação pela ausência da capacidade passiva eleitoral. Em outras palavras, o seu papel enquanto poder se encontra diante da expansão de direitos, pautada por forte apelo constitucionalizante. Neste sentido, sua função é proteger a democracia contra a tirania e maiorias eventuais em face das minorias. Neste aspecto, ressalta-se um critério ante o problema de como devemos nos tratar em sociedade, e até onde nós sabemos, o respeito à liberdade individual e à igualdade oferecem bons critérios de tratamento. Não é por outra razão que Dworkin (2006) sustenta que o papel do Judiciário é fornecer as melhores respostas à questão essencial da moralidade política que repousa sobre quais realmente são as condições democráticas, e assegurar uma estabilidade à conformidade destas condições.

Nesta visão, ressalta-se o fato de que a democracia em si mesma caminha sempre em uma linha tênue, na qual uma única decisão que abarque os pressupostos da legitimidade garante seu próprio extermínio. É preciso proteger a democracia dela mesma. E isto se faz por meio do debate sobre as condições democráticas e assegurando a conformidade destas condições. Assim, nas decisões

⁸⁹ No original: the emergence of this new method of pursuing political goals and managing public affairs has been accompanied and reinforced by an almost unequivocal endorsement of the notion of constitutionalism and judicial review by scholars, jurists, and activists alike. According to the generic version of this canonical view, the crowning proof of democracy in our times is the growing acceptance and enforcement of the idea that democracy is not the same thing as majority rule; that in a real democracy (namely a constitutional democracy rather than a democracy governed predominantly by the principle of parliamentary sovereignty), minorities possess legal protections in the form of a written constitution, which even a democratically elected assembly cannot change. Under this vision of democracy, a bill of rights is part of fundamental law, and judges who are removed from the pressures of partisan politics are responsible for enforcing those rights.

que envolvam questões de alta controvérsia na sociedade não é suficiente invocar valores e princípios, é preciso que estes sejam critérios de leitura ante a indeterminação do texto constitucional para garantir tais condições e sua conformidade.

A crença, ressaltada por Hirschl, também recebe a análise de Ingeborg Maus quando afirma: “O infantilismo da crença da Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões da cidadania” (MAUS, 2000, p.190). É certo que o texto que Maus desenvolve é uma crítica à jurisprudência dos valores praticada pelo Tribunal Federal Alemão. Tal crítica merece ser levada em consideração, já que apresenta o outro lado dessa crença. Diante do caráter hiperbólico de seu discurso, no fato de um Tribunal expandir tanto o campo de sua competência de modo a passar a reger a vida do cidadão como se o legislativo fosse, gera-se, em virtude disso, uma falta de autoconsciência dos cidadãos, especialmente permitida, porque a sociedade tornou-se órfã de critérios que pautassem a autoimposição de seu próprio agir, e quem assumira esse papel foi o Judiciário. A expansão da jurisdição gerou uma diminuição acentuada da esfera da autonomia privada do indivíduo. Para evitar tais equívocos, Maus propõe igualmente critérios de controle da decisão dos Tribunais, quando defende:

É de se exigir, portanto, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambiguidade dilate o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. Nesse sentido, o poder de interpretação dos tribunais em face das leis deve ser o mais limitado possível (MAUS, 2000, p. 188).

O problema da indeterminação do Direito assume em Maus a necessidade de um controle interpretativo da decisão de caris restritivo. Especialmente porque, quanto maior o grau de indeterminação na precisão das palavras, mais espaço para elementos voluntarísticos na fundamentação das decisões judiciais, especialmente, quando se fundamentam decisões a partir de valores em que pretensiosamente se desconfia da relatividade de sua respectiva compreensão. Assim, Maus questiona especialmente o papel que um tribunal constitucional desempenha enquanto Guardião da Constituição:

Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como Guardião da Constituição do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história, fornece-

lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referência. O tradicionalismo do Tribunal aparece de maneira mais clara ainda quando se refere a história social real. [...]. Com ideias de autonomia a Revolução Francesa, a guarda da Constituição era compatível com o direito original do povo à mudança constitucional. A guarda da Constituição direcionava-se precisamente contra o retorno ao (pré-revolucionário) passado, com o povo erigido à condição de Guardiã da Constituição. As constituições francesas de 1791 e 1793 são, em última instância, confiadas a vigilância ao “amor” à “coragem” e a proteção de todas as virtudes morais dos cidadãos (MAUS, 2000, pp. 192-193).

A crítica ao papel de Guardiã da Constituição que Maus realiza, com a extrema inteligência idiossincrática que lhe é devida, aponta para a necessidade da construção de um critério de validade do papel interpretativo de um Tribunal Constitucional, enquanto Guardiã da Constituição em que Guarda os ideais democráticos em face de um regime totalitário anterior. Mais do que ser o detentor da última palavra em questões relevantes da democracia, mais do que ser o nominalista, e muitas vezes o é, no sentido que dá o significado que quiser às palavras, mais do que intérprete privilegiado de uma Constituição que resolve conflitos interpretativos, o papel de Guardiã da Constituição enseja o desenvolvimento de um equilíbrio da história institucional de um povo, que não pode ser compreendida de modo estático, mas, sim, dinâmico e que necessita de ajustes de tempos em tempos, especialmente porque uma Constituição revela a historicidade do tratamento das virtudes morais dos seus cidadãos que lhe dão legitimidade.

A legitimidade do papel de Guardiã de um Tribunal Constitucional está na consciência da historicidade da vigência do sentido presente na tradição, com repetições e mudanças contingentes que lhe são peculiares, e que lhe confere validade a suas interpretações. A posição sustentada por Maus se assemelha muito à sustentada por Dworkin citada antes, pois trata das condições democráticas e conformação das mesmas, com o fim de garantir estabilidade às relações sociais. Assim também se coloca Gilberto Bercovici, “a Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias” (BERCOVICI, 2004, p. 5-24, 2004). É graças a sua temporalidade que se pode entender o que há de particular na história de seus cidadãos e que serve de reflexo no momento de formação e compreensão do texto constitucional.

Neste diapasão, é de bom alvitre atentar para as peculiaridades do caso Brasileiro. Nossa Constituição está prestes a fazer trinta anos. Sem dúvida que em termos de vida humana ainda é jovem, inexperiente, mas já é capaz de compreender a tradição a que está inserida para pautar as condições democráticas que lhe são outorgadas, especialmente do ponto de vista em que ela é utilizada, como modo para legitimamente conformar o poder. A guarda da Constituição se faz para garantir que não iremos passar a experiência ditatorial à qual estávamos submetidos até meados da década de oitenta. Escolheu-se como meio de efetivação dessa legitimação a ampliação do debate constitucional, mediante ampliação do rol dos legitimados para propor as ações constitucionais e de um alto grau de analiticidade para constitucionalização de direitos fundamentais espalhados por todo o seu corpo normativo e os mais diversos assuntos foram inseridos.

Um exemplo disso é analisado por Antônio Maués e Anelice Leitão, quando fazem algumas perguntas incômodas, no sentido de cobrar cuidado com as posições que se assumem, para não gerar incoerências. Elas tratam sobre o limite do controle judicial da constitucionalidade e da possibilidade de evitar que partidos políticos levem questões ao Supremo tribunal de modo que não invada a competência do Legislativo, quando decididas tais questões pelo órgão Judiciário. Neste aspecto, Maués; Leitão chamam a atenção para o outro lado da judicialização da política até então debatida neste trabalho.

Manifestando-se ou não essas tendências anticonstitucionais, o constante recursos da minoria ao Tribunal Constitucional, como forma de solução de seus conflitos com a maioria, leva-nos ao tema da judicialização da política, isto é, ao crescente controle efetuado por órgãos judiciários sobre as decisões políticas (MAUÉS; LEITÃO, 2004, p. 31-50).

No contexto de suas afirmações, Maués; Leitão (2004) retêm sua análise na questão do uso de ações declaratórias de inconstitucionalidade pelos partidos políticos e seu conceito de judicialização da política. O autor chama a atenção para o modo como certos assuntos chegam ao Supremo Tribunal. Neste uso, pode haver um duplo problema: o primeiro indicaria que tanto o Legislativo quanto o Executivo perpetram frequentemente violações às Constituições, já o segundo giraria em torno de transformar o Supremo Tribunal em uma arena política para ver suas propostas mais uma vez discutidas. O pressuposto do problema levantado por Maués é que os conflitos de interpretações suscitados girariam em torno de as interpretações serem

um desrespeito à regra da maioria ou como ações em defesa da Constituição. No entender de Maués; Leitão (2004), o conflito de interpretações face a Constituição suscitados pelos partidos políticos coloca-se do ponto de vista interpretativo da seguinte maneira: os partidos políticos desenvolvem argumentos em que a inconstitucionalidade é a melhor leitura da Constituição, enquanto que o Supremo Tribunal desenvolve uma interpretação que possa defender ou não a Constituição.

Dando continuidade a este mesmo ponto, sobre ação dos partidos políticos na jurisdição constitucional, André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira discutem as razões pelas quais levam os partidos políticos a procurar o Supremo Tribunal, como uma arena política dos perdedores para rediscutir certas propostas que não receberam acolhimento no Legislativo. Trindade e Oliveira (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016. pp. 751-772) defendem a tese de que quanto maior for o acirramento entre Governo e oposição mais o Supremo Tribunal irá receber demandas que envolvam questões da arena política. Um curioso dado levantado por Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 2008, p. 441-463), durante o mandato de Presidente da República de Fernando Henrique Cardoso, foi que o partido que mais acionava o Supremo Tribunal Federal era o Partido dos Trabalhadores. Já durante o Governo de Luis Inácio Lula da Silva, o partido que mais ingressou com ações no Supremo foi o dos Democratas, seguido pelo Partido da Social Democracia Brasileira. Aduz ainda Viera que os governadores de estados-membros também acionam a arena para sustar medidas aprovadas por seus antecessores, bem como medidas desfavoráveis a sua gestão no âmbito das Assembleias Legislativas Estaduais.

Trindade e Oliveira levantam uma discussão sobre o aspecto de tentar compreender a maneira pela qual o poder judiciário é procurado pelos partidos políticos. Eles tratam de um ponto que remonta à origem de formação de nosso sistema político, ao trazerem para a discussão a forma como o presidencialismo de coalizão influencia a transformação do Supremo Tribunal em arena política. O presidencialismo de coalizão, na visão de Sérgio Henrique Hudson de Abranches (ABRANCHES, 1988, p. 5-34), apresenta certas peculiaridades no modelo brasileiro, pois no nosso sistema político conjuga-se presidencialismo, multipartidarismo e representação proporcional. A conjugação destes três fatores é uma clara tentativa de aproximação do parlamentarismo, todavia esta combinação acaba por trazer consequências nefastas ao nosso sistema. Percebe-se que a característica mais complicada desse relacionamento está nas preferências individuais dos participantes

políticos que querem cada vez mais participação na máquina pública do Estado, em troca de apoio partidário. Todavia, Abranches aponta para outro fator:

O raciocínio acima aponta para o nó górdio do presidencialismo de coalizão. É um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão (ABRANCHES, 1988, p. 5-34).

Colocamos o problema nas preferências individuais dos participantes políticos, pois: primeiro, cada votação nas casas legislativas para aprovação de projetos de lei do interesse do Chefe do Executivo só se faz a base de troca de favores em que partidos menores visam ocupar espaços relevantes da máquina pública; segundo, em cada nova votação o Governo se desgasta ainda mais para oferecer algo em troca de apoio político, e nunca é suficiente o que já foi dado; por último, um argumento utilizado por Abranches quanto por Trindade e Oliveira, de que a natureza desses acordos é dotada de fraco carácter vinculativo, podendo os mesmos ser refeitos ou desfeitos. Assim, neste processo de apoio político e de constantes barganhas, o Chefe do Executivo vai se desgastando politicamente, e como consequência a base congressual só se mostra receptiva em continuar apoiando, se receber mais participação na máquina pública em troca.

Assim, nossas maiorias se formam para o governo realizar suas reformas e não porque possuem pontos de vistas semelhantes, os ministros não são escolhidos porque são os mais indicados e notáveis para a função a desempenhar, mas, sim, porque é um favor em troca de apoio político, em que cada partido político apresenta seu próprio notável. A homogeneidade que existe não é de visões ideológicas, mas de pragmatismo político, que revela a origem das nossas maiorias. Só se faz política evidenciando troca de favores para apoio mútuo. Neste jogo altamente inconstante está o Judiciário, obrigado a decidir sobre determinadas questões políticas que necessitam de uma resposta jurídica. O Judiciário só receberia um alívio em épocas de paz do Governo, quando este souber fazer acordos políticos. Isso geraria uma possibilidade factível de o Judiciário não ser provocado e se envolver nas artimanhas do jogo político.

Até agora se trabalhou a definição de judicialização da política que mais se assemelha a uma nova adaptação do Direito em face das vicissitudes da vida, aos

problemas suscitados na sociedade. Tanto a história constitucional em que permeia a crença de implementação de Direitos por parte do reconhecimento judicial garantiu a analiticidade da nossa Constituição, quanto os problemas do presidencialismo de coalizão e expansão do rol de legitimados para propor ações constitucionais contribuíram como fatores da Judicialização da Política no Brasil. Não são todas as explicações necessárias que o assunto requer, mas serve de delimitação de critério conceitual para evitar possíveis equívocos ou enganos perante o fenômeno do ativismo judicial, pois com Robert Dahl já se tem uma pequena ideia de como a judicialização da política se relaciona com o ativismo judicial. Especialmente, quando Dahl afirma que questões de ativismo giram em torno da atribuição aos tribunais de definir a finalidade do direito diante de um critério de Justiça.

3.3 A judicialização da política a expansão judicial

Neal Tate ao tratar da expansão do poder judicial sugere dois sentidos para o termo judicialização da política. O primeiro trata da capacidade dos tribunais se tornarem cada vez mais agentes realizadores de políticas públicas, especialmente quando estas cabem a outros poderes, e a segunda, quando questões não judiciais são procedimentalizadas a ponto de serem dominadas por regras e procedimentos quase judiciais (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13-26). Tate ainda define algumas condições que favorecem a expansão judicial, dentre elas a própria ideia de democracia que viabiliza criação e efetivação de políticas públicas, a própria concepção de separação dos poderes que envolve o problema de interpretar a lei e não de criá-las, as políticas de direito que também formam parte da expansão judicial, quando utilizam elementos contramajoritários para defender minorias, a descoberta de grupos políticos que utilizam a corte como arena política, especialmente grupos opositores do governo, some-se a isso a imagem de instituições majoritárias serem consideradas corrompidas, e a há também a própria delegação das instituições majoritárias para que o Judiciário decida questões controversas sobre política.

Some-se a isto, uma atitude recorrente de alguns juizes, tal como o senso de oportunidade que alguns juizes possuem para estabelecer seus próprios pontos de vista, observada por Tate e Vallinder:

Os juízes ativistas, por definição, podem ter expectativas para levar toda oportunidade de usar sua tomada de decisão para expandir os valores de políticas que eles estimam. Mas quando esses valores forem consistentes com os valores que dominam as instituições majoritárias, haverá muito menos incentivo para que os juízes ativistas procurem judicializar um processo político que já está produzindo bons resultados políticos, mesmo que as condições sejam favoráveis para fazê-lo⁹⁰ (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33).

Este argumento, além de levar em consideração o relacionamento entre Política e Direito, fornece uma consequência na transformação de um tribunal constitucional em arena política na visão de Tate e Vallinder, uma que vez se existe uma implicação que relaciona ativistas de direita em ambientes dominados por instituições majoritárias baseadas em ideologias igualitárias e ativistas de esquerda em ambientes dominados por ideologias liberais, se sobressai a oportunidade em decisões judiciais de sustentação de pontos de vista pessoais do julgador. Esta consequência se iguala à ideia de ativismo enquanto lema dos descontentes com uma decisão judicial. Geralmente, os que discordam de uma decisão jurídica a chamam de ativista por reverenciar uma ideologia de direita ou esquerda por parte de juízes. Esta não apresenta nenhum critério para análise de uma decisão judicial. Esta ideia para alguns trata do caráter pejorativo da ideia de ativismo judicial (TATE; VALLINDER, 1995, pp. 27-38).

Na expansão do poder judicial e no estabelecimento de visões políticas dos juízes está o movimento chamado Political Jurisprudence, retratado por Martin Shapiro e Alex Stone Sweet em seu livro *On Law, Politics & Judicialization*. Este movimento apresenta como pressupostos de que a lei deve ser entendida como uma parte do sistema social, em que há uma consideração com as atitudes e comportamentos dos juízes diante de suas decisões judiciais. No centro do movimento está a política como poder, e as diversas escolas que este suscita. O movimento transforma as cortes em centros de poder e juízes como atores políticos, no intuito de incluí-los como participantes institucionais da seara política.

A consequência disto é que se pensarmos assim, Direito será uma questão Política, dentre as melhores escolhas cabíveis a serem feitas e seu estudo se volta para uma análise comportamental dos juízes, e sequer a racionalidade ou a justificação de suas decisões são consideradas, a não ser de forma estratégica. Se

⁹⁰ No original: activists judges, by definition, may expected to take every opportunity to use their decision-making to expand the policy values they hold dear. But when those values are consistent with the values dominating majoritarian institutions, there will be much less incetive for activists judges to seek to judicialize a political process that is

imaginarmos um país fictício em que juízes concedem mais *habeas corpus* pela tarde do que no período da manhã e especialmente perto do horário do almoço, a melhor solução para quem precisa da ordem de soltura é observar onde o juiz almoçou, se foi bem tratado e alimentado, para obter êxito no referido *habeas corpus*. Esta é uma tese do Realismo jurídico, e não convém acreditar que o Direito é dependente do estado psicológico de um juiz.

3.4 O termo ativismo judicial e a análise do comportamento judicial

Assim também foi a primeira vez que se usou o termo ativismo judicial. Seu autor, Arthur Schlesinger (KMIEC, 2004, pp. 1441-1477), considerou construir um perfil dos juízes que compunham há época a suprema corte americana. Esse perfil foi baseado no que Schlesinger chamou de juízes ativistas, moderados e campeões da autocontenção.

A interpretação do modo como se constrói tal critério ficou a cargo de Keenan Kmiec (KMIEC, 2004, pp. 1441-1477). Este interpreta a visão de Schlesinger levando em consideração algumas questões cruciais, tais como: juízes não eleitos *versus* estatutos democráticos, julgamentos consequencialista (orientados a resultados) *versus* decisões de princípios, supremacia democrática em face de direitos humanos, direito *versus* política. No modo como coloca seu entendimento, estas questões ressaltam os velhos problemas da teoria do direito e da interpretação, sobretudo o problema de critérios de validade que justifiquem afirmações sobre o Direito.

Kmiec afirma que cada perfil é fruto de uma visão de mundo compreensiva do Direito. O perfil moderado abrigaria o pressuposto de que o raciocínio jurídico é maleável em vez de científico. Neste perfil, a ideia de que o tal raciocínio, diante da ambiguidade dos precedentes e do alcance das teorias de aplicação do direito, estas fornecem desacordos razoáveis como saídas para um juiz sustentar suas próprias posições, a partir de uma lógica própria. O segundo perfil, apresenta como pressuposto a ideia de que as decisões jurídicas são um resultado orientado a um fim. A autocontenção judicial abdicaria da responsabilidade de decidir, por fazer deferência ao interesse positivado na lei, o que reverencia um status quo. E por último, os campeões da autocontenção possuem como pressuposto o ceticismo das noções de justiça de um juiz individual. Estes campeões baseiam suas

interpretações na visão de que o texto fixa significados e qualquer desvio dele constitui um critério inadequado de interpretação jurídica. Estas práticas remontam com certa lembrança às mesmas da Escola da Exegese, Jurisprudência dos Interesses e Direito livre.

Kmiec também infere que o termo ativismo judicial se tornou um dos mais utilizados, mas, ao mesmo tempo, extremamente contestado, por não ter uma definição que abarque todos os seus usos e hipóteses. Mas na origem do uso do termo utilizado por Schlesinger, pode-se fazer um exercício interpretativo enriquecedor. Pode-se pensar que o conceito de ativismo judicial é um conceito interpretativo que avalia a complexidade e a variedade do que descreve, admitindo adaptações às contingências contextuais nas quais se insere. Neste aspecto, o termo ativismo judicial além de ser um conceito contestado é também interpretativo:

Por conseguinte, temos de reconhecer que partilhamos alguns dos nossos conceitos, incluindo os conceitos políticos, de maneira diferente: funcionam para nós, como conceitos interpretativos. Partilhamo-los porque partilhamos práticas sociais e experiências em que figuram esses conceitos. Usamos os conceitos para descrever valores, mas discordamos, por vezes de forma marcada, sobre o que são esses valores e como devem ser expressos. Discordamos porque interpretamos de forma ligeiramente diferente as práticas que partilhamos; de certa maneira, temos teorias diferentes sobre que valores justificam melhor aquilo que admitimos como características centrais ou paradigmáticas dessa prática. Esta estrutura torna genuínos os nossos desacordos de valor, e não desacordos de fato ou desacordos sobre significados-padrão ou de dicionário (DWORKIN, 2012, p. 18).

Guardadas as devidas proporções, pode-se considerar o ativismo judicial como um conceito interpretativo em que figuram diversas práticas interpretativas da compreensão do Direito. Ao se usar o conceito de ativismo judicial, estão se descrevendo práticas interpretativas e o quanto se divergem, especialmente, sobre a melhor maneira de usá-las em situações concretas. A discórdia se justifica pelo próprio fato de haver pequenas diferenças de como usamos estas práticas, baseadas em teorias diferentes que as justificam enquanto seu melhor uso ou leitura. O conceito de ativismo judicial em sua origem remonta à capacidade de enxergar a complexidade e a variedade das práticas interpretativas do Direito, que constantemente se deparam com contingências sociais não imaginadas. Estas posturas que procuram estabelecer parâmetros de análise do ativismo judicial com base no comportamento dos tribunais o tratam do ponto de vista do realismo jurídico.

3.5 Entre a diferença e o procedimentalismo – os limites da racionalidade decisória

Nos limites da decisão constitucional Juliano Zaiden Benvindo (2010) desenvolve a seguinte tese: toda decisão judicial deve compreender as tensões fundamentais das democracias constitucionais. Para isso, é necessário desenvolver uma prática interpretativa a qual denuncia que uma decisão que se liberte dos constrangimentos que a história institucional impõe não promove a justiça, especialmente se esta esquece de um ponto de vista que leve em conta a alteridade. Na construção do ponto de vista racional sobre decisões jurídicas, assume-se no debate que as Cortes Constitucionais pautam suas decisões de forma mais racional possível.

A racionalidade das decisões, ao enfrentar o problema da tensão em questões democráticas, deve prestar conta do problema da indeterminação do Direito, por parte de justificações plausíveis para a solução de casos concretos em uma Corte Constitucional. Seus pressupostos de leitura se apoiam no conceito de *Différance* de Jacques Derrida e a Intersubjetividade Habermasiana. Do ponto de vista Habermasiano:

O julgamento jurídico, portanto, deve observar princípios legais que têm sido historicamente enquadrados e aceitos como legítimos para fazer justiça ao caso. Deve compreender, como consequência, sua posição no conjunto de procedimentos democráticos em que ocorre a negociação entre constitucionalismo e democracia, direito e justiça, ou se quiser tomar uma linguagem habermasiana, os procedimentos orientados para chegar a um acordo⁹¹ (BENVINDO, 2010, p. 370).

Neste ponto, ao considerar o procedimentalismo habermasiano, se considera a tese sobre a validade do direito que retira sua força fundadora da legitimidade do procedimento de produção de consensos sobre o Direito, especialmente porque é considerado racional, por garantir a liberdade. Por seu turno, também utiliza o conceito de *Différance* de Derrida proveniente da diferença ontológica Heideggeriana. A *Différance* funciona como um processo de

⁹¹ No original: Legal adjudication, accordingly, must observe legal principles that have been historically framed and accepted as legitimate in order to do justice to the case; it must understand, as a consequence, its position in the set of democratic procedures in which the negotiation between constitutionalism and democracy, law and justice, or, if it is to take the Habermasian language, the procedures oriented towards reaching agreement take place.

autocorreção, que leva à capacidade de abarcar identidades na diferença, como à capacidade de proteger igualdade, ao tratar todos com igual consideração. Neste sentido, a *Différance* garantiria na visão do autor um processo de autocorreção da racionalidade.

Sua proposta de conciliar propostas filosóficas inconciliáveis pela própria tradição de formação do pensamento é louvável, ainda que possa ser considerada por alguns como inconciliável, especialmente porque ao levar em consideração a formação da ideia de coerência e da história institucional dos institutos jurídicos, garante um processo de revisão de pressupostos da própria racionalidade na qual se baseia uma tomada de decisão jurídica. No entanto, ao considerar o conceito e a validade fruto do procedimentalismo, não há como conciliá-la com valores, o que inevitavelmente a *Différance* de Jacques Derrida possui. Sua proposta de estudo é o ativismo judicial, a partir dos limites da racionalidade, e sem fazer uso de elementos metafísicos da interpretação.

3.6 Conceito interpretativo de ativismo judicial – qualitativo x quantitativo

Assim, bifurca-se a percepção do uso do conceito ativismo judicial. Em uma primeira análise, pode-se pensá-lo como uma forma de intervenção do judiciário frente a outros poderes, já que a judicialização da política providencia uma expansão da jurisdição do Poder Judiciário. A esta perspectiva Dimitri Dimoulis (DIMOULIS; LUNARDI, 2013 apud FELLET; PAULA; NOVELINO, 2013, pp. 459-473) chamou de quantitativa, ainda que essa perspectiva possa ser considerada a própria judicialização da política. Já a segunda atenta para os critérios desta atuação, que só podem ser analisados se levarem em consideração o debate sobre a teoria da interpretação do Direito. Adota-se para efeito deste trabalho a abordagem qualitativa do ativismo judicial, especialmente porque no capítulo anterior se discutiu a historicidade das práticas interpretativas. Nesta perspectiva, avaliam-se as divergências teóricas (DWORKIN, 2007, p. 7 e segs.) enquanto diversidade de critérios de leitura que as práticas interpretativas sustentam quando interpretam o texto jurídico diante de um caso de alta controvérsia social.

O ativismo judicial, em seu viés qualitativo, indaga pelos critérios de leitura que sustentam a validade de uma interpretação, especialmente quando não admite na fundamentação jurídica elementos que justifiquem a correção do Direito por parte

da Política e da Moral, já que se assume a posição de Streck quanto ao ativismo judicial:

É sempre bom lembrar o seguinte: enquanto ativismo judicial está umbilicalmente associado ao ato de vontade do órgão judicante (portanto, comportamental), a judicialização de questões políticas ou sociais não dependem desse ato volitivo do poder judiciário, mas sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve atos de jurisdição constitucional (STRECK, 2011, pp. 2-37).

A perspectiva qualitativa do ativismo judicial cobra uma discussão sobre os critérios de validade de uma interpretação jurídica que se afigure como legitimamente democrática na atualidade, que não admita critérios de correção do Direito por parte da Política e da Moral. Defende, isso sim, a sua autonomia. E realizar esta defesa implica analisar se existem argumentos de política e o uso que deles se faz na fundamentação de casos controversos por um tribunal constitucional é uma tentativa de substituição de outros poderes. Do mesmo modo, se na fundamentação da decisão se esclarece o uso que faz dos conceitos jurídicos indeterminados, que critérios se utilizaram para colmatar as ambiguidades, vaguezas, porosidades e tudo que envolva o problema da indeterminação do Direito. Em verdade, a abordagem questiona a falta de um controle da interpretação que lhe forneça legitimidade. Não é possível conviver com a crença de que o Direito seria fruto de um subjetivismo que determina o modo de decidibilidade dos julgadores perante problemas levados ao judiciário.

A discussão para poder ser feita precisa esclarecer os sentidos que a discricionariedade (DWORKIN, 2002, p. 51 e segs) pode suscitar: no primeiro sentido é entendida como certos padrões, que para serem aplicados precisam ser adaptados, de modo que excluam uma maneira mecânica de aplicação; o segundo sentido trata da competência que uma autoridade é capaz de ter ao dar a palavra final sobre determinado assunto, frente a outras decisões de seus subordinados; e a terceira trata da hipótese de uma pessoa não se sentir obrigada pelos padrões estabelecidos, que deve reconhecer pela autoridade em questão.

Bem pensadas as coisas, o Supremo Tribunal Federal possui os três tipos de discricionariedade. A maioria de seus casos relevantes não se ajusta a uma

aplicação mecânica do direito. Em segundo lugar, é o Judiciário que dá a última palavra em assuntos da democracia, e em terceiro lugar nem sempre os ministros se sentem compelidos a obedecer a padrões preestabelecidos pela autoridade das decisões de uma Assembleia Constituinte, especialmente quando estabelecem uma nova hipótese de aborto em face de fetos anencefálicos, quando propõem um significado de família para a Constituição. Enfim, colocadas as coisas de modo mais simples, Stanley Fish nos esclarece com mais simplicidade a ideia de discricionariedade em face da interpretação de um texto:

A alternativa "totalmente discricionária" é o ponto de vista oposto, frequentemente denominado de subjetivista, em que os textos quer tenham muitos significados ou nenhum significado, e o leitor ou o juiz é livre para impor - criar, legislar, fazer, inventar - qualquer significados que ele ou ela agradam, de acordo com o seu ou seus próprios caprichos, desejos, propósitos partidários, etc.⁹² (FISH, 1984, p. 1-25).

Lógico que se pode ficar tentado entender o problema da discricionariedade das interpretações do direito nas hipóteses em que a autoridade prolatora da decisão não fornece critérios de decidibilidade, que, se diga de passagem, já é em si mesmo problemático, mas também podemos estabelecer um modo de proceder ou lidar com a discricionariedade. Ressalte-se que a importância dos critérios interpretativos de uma interpretação reside, especialmente, quando explicitados em uma decisão, quando se revelam a partir de uma construção baseada no Direito e não conforme a vontade do intérprete, como Kelsen e Hart o fizeram, ao invés de, simplesmente, ficar preso ao porquê não se deve ter possibilidades que levem à arbitrariedade (GUEST, 2010). Qual o melhor jeito de evitar a discricionariedade? Acredita-se que seja através da sugestão de Tomás-Ramón Fernández:

Qual deve ser o conteúdo da justificação que o exercício do arbítrio reclama: mostrar em um primeiro termo qual é exatamente o quantum de discricionariedade disponível em cada caso, quer dizer, o marco legal dentro do qual tem necessariamente que mover-se o julgador, para precisar depois quais são os critérios e orientações que a norma habilitante possa eventualmente estabelecer e com que caráter, vinculante ou meramente indicativo pautar o exercício do arbítrio por ela concedido, assim como os que necessariamente se deduzam do fim concretamente perseguido por dita norma e explicar, no último termo, em que medida incidem ditos critérios e orientações

⁹² "The "wholly discretionary" alternative is the opposite view, often termed subjectivist, that texts have either many meanings or no meanings, and the reader or judge is free to impose – create, legislate, make up, invent – whatever meanings he or she pleases, according to his or her own whims, desires, partisan purposes, etc."

nas circunstâncias do caso e que conclusões podem obter-se da efetiva constatação dessa incidência⁹³ (FERNANDÉZ, 2005, p. 124).

A proposta feita por Fernandez cobra do terceiro sentido de discricionariedade uma prestação de contas. Ao se entender arbítrio como uma forma de julgamento, é necessário identificar os critérios que informam uma interpretação jurídica, mas estes critérios não são criados ao bel prazer do intérprete, mas, sim, previamente dados pelo Direito. Do contrário, estaríamos reforçando ainda mais o arbítrio do intérprete.

A interpretação que deve ser feita sobre a exigência de fundamentação do art. 93, inc IX da Constituição da República Federativa do Brasil exige uma justificação, e justificar uma decisão é expor as razões intersubjetivamente válidas capazes de sustentar uma interpretação. Mas, para isso acontecer, é preciso que tenhamos ciência da história das decisões institucionais que já vinham sendo feitas sobre determinado texto, uma vez que toda decisão está inserida no curso de uma tradição já estabelecida desde sempre, ora para renová-la ora para reajustá-la a novos padrões, para poder ter uma compreensão sobre o que a comunidade política considera e constrói como Direito (DWORKIN, 2007). Não é por outra razão que o código de processo civil atual apresenta desdobramentos da exigência de justificação das decisões judiciais da Constituição na forma do art. 489, que garante uma conjugação de critérios à discricionariedade conforme o terceiro sentido, e mais ainda o art. 926 igualmente, do mesmo diploma legal, cobra coerência e integridade da jurisprudência assimilando a tese de Dworkin com critério de validade a partir do controle intersubjetivo de uma decisão.

Eis o ponto que estabelece quando uma decisão deve ser considerada ativista. Uma decisão se mostra ativista quando descontinua a vigência do sentido institucional estabelecido em uma tradição cunhada intersubjetivamente, a qual subverte os critérios previamente dados pelo Direito e os substitui por critérios de

⁹³ No original: cuál debe ser el contenido de la justificación que el ejercicio del arbítrio reclama: mostrar en primer término cuál es exactamente el quantum de discrecionalidad disponible en cada caso, es decir, el marco legal dentro del cual tiene necesariamente que moverse el juzgador, precisar después cuáles son los criterios y orientaciones que la norma habilitante pueda eventualmente establecer y con qué carácter, vinculante o meramente indicativo, para pautar el ejercicio del arbítrio por ella concedido, así como los que necesariamente se deduzcan del fin concretamente perseguido por dicha norma y explicar, em último término, em qué medida inciden dichos criterios y orientaciones em las circunstancias del caso y qué conclusiones pueden obtenerse de la efectiva constatación de esa incidência.

interpretação do próprio intérprete, conformando os parâmetros do Direito a segundo plano. O papel da Hermenêutica é descrever e identificar estes desvios de modo a removê-los, e sempre que possível retornar a origem para estabelecer a correção do caminho desviado. Para isto, é necessário estabelecer um filtro que promova suspensões de pré-juízos que constituem o objetivo do melhor sentido para a interpretação a ser realizada no uso das práticas interpretativas. Eis a razão por se ter optado pelo sentido da interpretação em detrimento da interpretação do sentido.

Assumem relevância neste ponto algumas perguntas incômodas, que, a depender de sua resposta, revelam a autonomia do Direito perante a Política e Moral, ou a sua submissão. Senhor Ministro, entre o Direito e um critério externo de validade de suas interpretações qual o Senhor escolhe? A resposta de Eros Grau em suas palavras:

Não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [discurso sobre o Direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o contrário⁹⁴ (BRASIL, 2014).

A resposta do Ministro Marco Aurélio:

Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado⁹⁵ (BRASIL, 2007).

A resposta de Teori Albino Zavaski:

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz

⁹⁴ BRASIL. STF. Rcl nº 4.335. Brasília, DF de março de 2014. Diário de Justiça. Brasília.

⁹⁵ BRASIL. STF. Adi nº 3.937. Brasília, DF, outubro de 2007. Diário de Justiça. Brasília.

que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são⁹⁶ (BRASIL, 2007).

A resposta de Luiz Roberto Barroso:

ConJur: O senhor acha que cabe ao juiz, então, sair dos autos de vez em quando para ampliar a discussão? Luís Roberto Barroso — Acho que, às vezes, a interpretação constitucional pode ser uma atividade puramente técnica, mas, outras vezes, ela é uma atividade que deve, inevitavelmente, ser desempenhada auscultando-se o sentimento social. Sobretudo, questões que produzem impacto relevante sobre a sociedade. O juiz não é escravo do sentimento social e muito menos da opinião pública, mas deve olhar pela janela e saber qual é a voz das ruas (VASCONCELLOS, 2012).

No discurso do Direito como caudatário do discurso do Supremo Tribunal Federal, a resposta mais certa é conforme os critérios de justiça de um julgador, o conteúdo da norma é aquele e tão somente o que o Poder Judiciário diz que é, e por último a interpretação deve escutar o sentimento social, como se a sentença viesse do sentimento de justiça. Em todas essas respostas evidenciam-se elementos de vontade com alta carga de subjetividade, verificados quando se utilizam de critérios externos ao Direito como possibilitadores da validade de suas interpretações. Conforme a fala dos juízes, as práticas interpretativas que defendem podem se pautar pelo realismo jurídico. Direito é o que os tribunais dizem que é, direito livre, tal qual Tigrino o fez e a jurisprudência dos valores, reverenciando o sentimento jurídico.

Na visão dos ministros, pertencer ao Supremo Tribunal é uma dádiva que garante a vivência de uma tese nominalista, que é capaz de estabelecer o quê e como significam as palavras. Em todas elas, leva-se em consideração o ápice da construção do direito a partir de referências consideradas única e exclusivamente a partir de critérios subjetivos, privilegiando um alto grau de discricionariedade interpretativa que não se submete sequer a um critério de leitura, muito menos previamente dados em termos jurídicos.

A segunda pergunta é um exercício de moralidade, já que este se efetua na capacidade que se tem de acreditar nas instituições do Estado. É possível acreditar em julgamento justo no caso concreto em que um Ministro do Supremo Tribunal julga quem o indicou ao Egrégio? Se a resposta for não, a negação admite que o

⁹⁶ BRASIL. STF. Eresp nº 644.736. Brasília, DF, agosto de 2007. Diário de Justiça. Brasília

Direito será corrigido por questões de política, voltadas a questões de natureza partidária. Como consequência, um Presidente da República poderá subverter a legalidade e nunca ser responsabilizado por isso, já que por ter indicado uma quantidade considerável de ministros ao Supremo Tribunal nunca será condenado. Neste raciocínio, privilegia-se mais uma vez a própria discricionariedade interpretativa em prol da submissão do Direito à Política.

3.7 O ativismo judicial e o problema de sua definição – as várias conceituações

Nesta parte, busca-se mostrar as diversas conceituações do conceito de ativismo judicial. Abordam-se perspectivas que tanto corroboram com o nosso posicionamento, como algumas que procuram uma perspectiva multidimensional, como também algumas definições que não são ao menos adequadas ao que de fato representa o ativismo judicial. Observa-se que muitas vezes o ativismo judicial pode ser considerado como uma busca da racionalidade de uma decisão ou as consequências que esta decisão acarreta aos outros poderes ou na implementação de direitos.

Neste sentido, ativismo judicial não pode ser definido como Luiz Roberto Barroso:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2008, p.).

Na compreensão de Barroso, ativismo é a concretização de Direitos implementada por um tribunal. Todavia, esta ideia de ativismo é, na verdade, a crítica à crença da implementação de direitos por parte dos tribunais feita por Dahl. Barroso se apoia na ideia de implementação de Direitos diante da compreensão da história do constitucionalismo americano e do papel que a Corte Constitucional americana desempenhou ao longo de sua experiência em julgar casos.

Uma posição parecida com a de Luís Roberto Barroso é a do Ministro Celso de Mello:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que

resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (MELLO, 2008, p.).

A ação afirmativa perante a omissão de poderes públicos é a própria reafirmação da crença levantada por Robert Dahl, a concretização de uma Constituição e sua força normativa como capacidade de se fazer valer na realidade social que conforma, não chega a ser um ativismo judicial, mas, sim, uma questão de judicialização da política.

Dimitri Dimoulis; Lunardi; (2013 apud FELLET; PAULA; NOVELINO, 2013, pp. 459-473) apresentam uma versão quantitativa e uma qualitativa do que ele chama ativismo judicial. A versão qualitativa trata o ativismo judicial, a questão da interferência nas decisões de outros poderes constituídos, de modo a afetar a separação e o equilíbrio entre tais poderes. Esta mesma versão trata do critério de atuação do intérprete.

Para Inocêncio Mártires Coelho, o termo ativismo judicial “não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito” (COELHO, 2013 apud FELLET; PAULA; NOVELINO, 2013, pp. 459-473). O que Coelho concebe como criação do direito é a transformação do direito legislador em interpretado/aplicado, uma operação do abstrato ao singular, com o objetivo de dar a cada um o que é seu segundo critérios de igualdade.

Discrepando um pouco dessas definições dos autores brasileiros, Antoine Garapon, levando em consideração o modo de implementação do direito, oferece uma conceituação do ativismo judicial em função de sua discricionariedade:

Governo de juízes, ativismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora... São muitas as palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia. Como avançar neste debate passional, frequentemente excessivo, entre a justiça e a democracia? O termo inglês *judicial discretion* – literalmente aquilo que é deixado ao critério do juiz – parece ser mais apropriado para designar o poder deste último que, se nunca é inexistente, também nunca é total. [...] O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar (GARAPON, 1998, p. 54).

Os juízes tornam-se os guardiões das promessas em cenários de intensa judicialização da política. Todavia, as inúmeras possibilidades interpretativas com que um juiz se depara em um caso concreto, ainda que possa considerar uma certa

em detrimento de outras, na visão de Garapon é, na verdade, um sinônimo de incompetência, especialmente porque o critério de solução do caso deve ser em função do Direito e não do “desejo” de implementar direitos em uma realidade social ou simplesmente tentar evitar tal implementação. Neste aspecto, escolhas são subjetivas, são pautas de “desejos”, mas decisões devem ter um critério de validade construído intersubjetivamente na adequação dos problemas suscitados em função da expansão da jurisdição.

Lênio Streck também corrobora da posição de que o ativismo judicial tem relação com a discricionariedade do intérprete, presente na obra *Verdade e Consenso*:

Embora essa questão perpassa a obra em todos os momentos, é importante lembrar, de todo modo, a diferença entre ativismo e judicialização ou judicialismo: um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando substitui o direito, isto é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional, em face das peculiaridades já mencionadas, tanto no presente livro, como em *Jurisdição Constitucional e hermenêutica...*, cit) (STRECK, 2011, p. 482).

A posição de Streck reverencia a autonomia do Direito. O autor se posiciona contra possíveis correções que a Política e a Moral e, inclusive, as concepções pessoais do intérprete possam vir a ser referentes na interpretação que se faz dos direitos subjetivos.

Clarissa Tassinari relaciona o ativismo judicial ao ato de política da escola de uma interpretação dentro da moldura kelseniana:

Uma postura ativista deriva, por sua vez, de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicado, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, embora, por vezes possuam a aparência de juridicidade. Esta noção de aplicação e do direito mediante um ato de vontade pode ser encontrada na obra de Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*), assim como a caracterização do ativismo por este enfoque pode ser extraída tanto da obra de Antoine Garapon (que trata a decisão ativista como movida por desejos) como do posicionamento do autor norte-americano Christopher Wolfe (para quem, nos momentos mais intensos de interferência da Suprema Corte, abandonou-se o critério de julgamento, e a decisão judicial passou a ser uma questão de vontade) (TASSINARI, 2013, p. 141).

Nesta perspectiva da autora, a mesma aduz duas consequências: a primeira é que o ativismo judicial é criado pelo próprio direito em seu âmbito jurídico; o segundo, de mais importância, é que tal fenômeno possui origem interpretativa e trata da forma como ocorreu a intervenção do Judiciário dentro dos parâmetros da Constituição. Nesta perspectiva, questiona-se a legitimidade dos critérios que pautaram a atuação do poder Judiciário.

Elival da Silva Ramos estabelece como definição de ativismo judicial a invasão da competência por parte do Judiciário na esfera de competência do Legislativo. O ativismo nesta perspectiva assume um caráter institucional.

Por ativismo, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2013, p. 308).

Sua definição lida com o relacionamento institucional dos poderes, mas assume contornos da judicialização da política, já que trata das lides e controvérsias jurídicas que o Judiciário recebe. Em verdade, é uma definição consensualista sobre o ativismo judicial, já que para perpassar os limites institucionais previamente impostos pela Constituição só se faz por meio de uma postura proativa, fundada em uma interpretação que modifique os limites e contornos institucionais.

3.8 O modelo dimensional do ativismo judicial – os Neorealistas

Outra definição das mais atrativas, por tentar abarcar múltiplas dimensões de uma decisão, é a definição de ativismo judicial de Lindquist e Cross:

Começamos também com a suposição de que o ativismo é um conceito multifacetado. Como os comentaristas muitas vezes discordam sobre se uma ou outra decisão específica é realmente ativista com base em suas perspectivas sobre a interpretação apropriada da Constituição ou o impacto de uma determinada decisão, preferimos avaliar o ativismo dos juízes em vários casos e usando múltiplas dimensões (LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 32)

Diante da multiplicidade de definições, Lindquist e Cross estabelecem dimensões do conceito de ativismo judicial. Eles a dividem em quatro dimensões, no intuito de estabelecer uma medida de quanto uma decisão judicial pode ser considerada ativista. São elas: exercício majoritário e deferência a outros atores governamentais; Estabilidade interpretativa e fidelidade; engrandecimento

institucional; Resultado orientado ao Julgamento. A primeira dimensão trata da situação em que um tribunal escolheria não adiar as decisões a serem tomadas por outros órgãos governamentais. A segunda dimensão gira em torno da capacidade de desestabilizar a continuidade de um precedente, já que *Stare Decisis* é um elemento de estabilidade social no sistema *common law*. A terceira dimensão explica a expansão da autoridade judiciária institucional em receber controvérsias. A quarta dimensão compreende o exercício da autoridade para impor a visão pessoal dos próprios juízes sobre boas políticas públicas para população nacional. E isto se verifica por meio dos argumentos que conformam uma decisão judicial por meio de argumentos de princípio ou de política.

O estudo que Lindquist e Cross realizam sobre o ativismo judicial baseia-se em quatro outros estudos dos autores: William P. Marshall, que trata dos sete pecados do ativismo judicial; Bradley C. Canon, que procura definir as dimensões do ativismo judicial; Margit Cohn and Mordechai Kremitzer, que avaliam também as várias dimensões do ativismo judicial.

Bradley C. Canon apresenta seis dimensões sobre o ativismo judicial: a primeira trata do que ele chamou “majoritarianism”, algo como o exercício majoritário, especialmente porque ele avalia o grau da implementação das políticas adotadas por parte do poder Legislativo e que são negadas judicialmente; a segunda dimensão gira em torno da estabilidade interpretativa, em que estabelece uma comparação sobre o grau em que as posturas anteriores do tribunal baseadas em decisões, doutrinas ou interpretações são alteradas; a terceira trata da fidelidade interpretativa com a qual se avalia o grau de interpretação contrária perante claras intenções dos que originaram o texto ou as claras implicações do uso da linguagem; a quarta dimensão, chamada de distinção do processo democrático, avalia o grau das decisões judiciais em fazer uma política substantiva ao invés de preferir o processo de formação democrático; a quinta dimensão avalia o grau em que uma decisão estabelece uma política pública, sem deixar nenhuma margem para agências governamentais ou indivíduos também a implementarem; a sexta avalia o grau em que uma decisão judicial substitui uma séria consideração do mesmo problema tratado por agências governamentais.

Bradley C. Canon declara que algumas dimensões avaliam a construção atual ou inferencial das disposições da Constituição por parte das Cortes (CANON, 1983, pp. 237-247). Na visão do autor americano, o ativismo ocorre quando uma

interpretação não está de acordo com o sentido ordinário das disposições ou com o conhecimento sobre as intenções e objetivos dos redatores da Constituição americana. É preciso considerar o debate do direito constitucional americano entre os interpretativistas (originalistas) ⁹⁷ (CANOTILHO, 2003, p. 1195) e não interpretativistas⁹⁸ (CANOTILHO, 2003, p. 1196).

Em William P. Marshall, os sete pecados do ativismo judicial residem: primeiro, na relutância das cortes em utilizarem as regras contramajoritárias; segundo, na falência em deferir alguma noção de originalismo; terceiro, na relutância em adiar a mudança de precedentes; quarto, na falha das cortes em estabelecer os limites jurisdicionais de seu próprio poder; quinto, na possibilidade de criar novas teorias e direitos na doutrina constitucional; sexto, no uso judicial do poder para impor obrigações afirmativas em ramos do governo ou supervisões judiciais perante órgãos do governo; sétimo, e último, no uso do poder judicial para realizar objetivos partidários. Os sete pecados do ativismo judicial são baseados na tradição americana, deve-se ter cuidado perante o caso brasileiro. Em uma visão geral do que venha a ser ativismo judicial para o autor através dos “pecados” como possíveis contribuições ou novas perspectivas de abordar o conceito de ativismo.

Interessante é uma das preocupações de William P. Marshall ao tratar das posturas conservadoras da Corte Constitucional americana, na qual o “mantra” dos conservadores é o apego à letra do texto constitucional, seria a possibilidade de ser menos ativista, graças a tal apego. Eis que reside o engano, pois:

Mais uma vez, a observação de que o Tribunal partiu de um entendimento originalista não quer dizer que essas decisões estão erradas. Os autores não imaginaram que a autonomia dos grupos sociais que requerem proteção de um estado ativista na busca de imposição de valores sociais uniformes, que o dinheiro seria a alma

⁹⁷ “As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite – aponta como limites a competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático – a decisão judicial não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática – isto é, o papel da rule of Law não pode transmutar-se ou ser substituída pela Law of judges”.

⁹⁸ “De um modo geral, as posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos – princípios de liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o projecto da constituição”.

de campanhas políticas, ou que os valores de propriedade podem diminuir devido a restrições ambientais. O reconhecimento destas realidades, no entanto, só reflete a noção de que originalismo rígido não está equipado para enfrentar os aspectos práticos da sociedade contemporânea. As decisões conservadoras não-originalista, em suma, podem ser defendidas, mas a sua defesa deve repousar sobre fundamentos ostensivamente hostis aos supostos princípios fundamentais pretendidos como próprios do conservadorismo. Eles devem reconhecer que um ativismo judicial não originalista às vezes pode ser uma garantia⁹⁹ (MARSHALL, 2002, p. 115-116).

Nesta ótica de Marshall, o apego à letra do texto jurídico não é garantia de contenção do ativismo judicial, além de que uma decisão não pode ser tida como adequada simplesmente a partir deste critério. A importância reside no fato de como a leitura de um dispositivo constitucional é feita, seja invocando as próprias palavras do texto jurídico ou indo além do mesmo. Relevante está em saber reconhecer quais contextos o intérprete reconhece como adequados para a validade de suas interpretações, a perspectiva volta-se para produção do sentido do discurso jurídico, quer dizer, como Lênio Streck, como nos tornamos conscientes da situação hermenêutica que ocupamos (STRECK, 2011, pp. 339 e segs.).

Em outras palavras, considera-se que o debate entre o originalismo e o não-interpretativismo gira em torno do questionamento de como ocorre o sentido da interpretação em face do texto jurídico. O sentido do texto jurídico resulta “a priori” em função da vontade do legislador, previamente estabelecida em função do texto, no próprio texto de acordo com a literalidade e vontade da lei, ou o sentido é dependente da vontade do intérprete? Em todos esses elementos trazidos há margem para manobras discricionárias. Este aspecto recebe a atenção Streck, quando:

Neste ponto, uma reflexão se impõe: o que se quer mencionar quando se afirma a literalidade da lei? Ora, desde o início do século XX a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do círculo de Viena (que está na origem de teóricos do direito como Hans Kelsen), já haviam apontado para o problema da polissemia das palavras.

⁹⁹ No original: “Again, the observation that the Court departed from an originalism understanding is not to say that these decisions are wrong. The framers may not envisioned that the autonomy of social groups would require protection from an activist state of seeking to impose uniform social values, that money would become the lifeblood of political campaigns, or that property values might decrease due to environmental restrictions. Recognition of these realities, however, only reflects the notion that rigid originalism is not equipped to confront the practicalities of contemporary society. The conservatives non-originalist decisions, in short, can be defended, but their defense must rest upon grounds ostensibly hostile to the conservatives own purported foundational principles. They must acknowledge that a non originalist judicial activism may at times be warranted”.

Isso nos leva a uma outra questão: a literalidade é algo que está à disposição do intérprete? Se as palavras são polissêmicas; se não há possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal? A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos (STRECK, 2010, pp. 158-173).

É nesta quadra que o apego ao texto jurídico por parte do intérprete ganha o âmbito da Hermenêutica. O sentido literal longe da sua discussão, se existe ou não, aceito por uns e tido como inexistente por outros, revela o quanto o intérprete diz sobre o texto e aduz para a sua justificada leitura a clareza, a vontade do legislador, uma escolha política. Todavia, a crítica não acaba, pois lembra Warat que a interpretação literal se baseia na tese essencialista da linguagem sobre a determinação do significado das palavras, tendo em conta a linguagem como um instrumento que reverencia sua única função, a de designação¹⁰⁰ (OLIVEIRA, 2001, p. 120) das palavras - tal tese remonta a Platão. Nesta ótica, “o método literal oculta o viés discricionário de seu uso, por isso, resulta manifesta a sua ineficácia e sua impotência para a resolução de problemas jurídicos, que não se apresentam unicamente no plano abstrato e conceitual” (WARAT, 1994, p. 68). Em acordo com Warat está, também, Stanley Fish, que afirma:

A alternativa "totalmente mecânica" é visão, muitas vezes chamada de positivista, em que o significado é uma propriedade - está embutido - nos textos e pode, portanto, ser lido sem esforço interpretativo ou intervenção de um juiz ou de um crítico literário¹⁰¹ (FISH, 1984, p. 1-25)

Neste ponto, reside a discricionariedade do intérprete em manifestar-se conforme a vontade seja do legislador, da lei e ou de sua própria vontade, o que bem quiser a respeito do texto jurídico, da maneira que melhor lhe convém. O que

¹⁰⁰ Quando se trata da função designativa da linguagem adota-se a visão de Manfredo Araujo Teles, quando que: Essa teoria designativa da linguagem assumiu duas formas: Há os que afirmam que as palavras designam pura e simplesmente as coisas singulares, pois, além de coisas singulares as palavras, nada existe. Ou, então, numa outra linha muito mais forte na tradição ocidental, diz-se que com uma palavra se podem designar muitas coisas, porque as palavras designam não coisas singulares, mas a essência comum a muitas coisas”.

¹⁰¹ “No original: the “wholly mechanical” alternative is the view, often termed positivist, that the meaning is a property of – is embedded in – texts and can therefore be read without interpretive effort or intervention by a judge or a literary critic. The “wholly discretionary” alternative is the opposite view, often termed subjectivist, that texts have either many meanings or no meanings, and the reader or judge is free to impose – create, legislate, make up, invent – whatever meanings he or she pleases, according to his or her own whims, desires, partisan purposes, etc.

reflete diretamente na concepção de norma jurídica vislumbrada a partir do modo como este encara o texto jurídico. Se o positivismo exegético confundia texto e norma e os assumia como a mesma coisa, o segundo positivismo de cunho normativista, apoiado por Kelsen, considera a norma como “o resultado da interpretação¹⁰²” (KELSEN, 2000, p. 390). Todavia, é o resultado da interpretação do texto jurídico.

Outro aspecto relevante é trazido por Cohn e Kremitzer, os quais analisam as vozes judiciais e como estas são trazidas dentro da decisão jurídica. Observa-se a preocupação sobre a própria possibilidade da falta de unanimidade de uma decisão. Apesar de uma decisão ser unânime em cada voto prolatado, pode apresentar pontos de vistas discordantes, e neste aspecto não basta apenas à unanimidade da decisão.

Vozes judiciais. Será que o julgamento inclui opiniões concorrentes? Desde que o litígio seja resolvido por uma posição do tribunal, opiniões complementares detalhadas refletem juízes concorrentes em sua ampla percepção de seu papel como aquele que vai além da resolução de litígios, a análise de questões amplamente legais e a exposição das diferenças judiciais em relação à sua resolução¹⁰³ (COHN; KREMNITZER, 2005, p. 342).

Esta postura na visão dos autores desenvolve a ideia de que mesmo concordando com o resultado da decisão prolatada, há discordâncias quanto à forma de exercer o direito fundamental em debate. Não há discordância quanto ao que a Constituição representa ou sequer quanto aos seus fundamentos, na verdade, se discorda sobre o que ela deveria ser diante de um caso concreto. Mais uma vez se está diante das divergências quanto às leituras que se podem fazer de uma Constituição. No estudo das práticas interpretativas, o modo como ocorre a sua defesa e a percepção de alguma posição que vai além da resolução do caso, há possibilidade de indicação de uma postura proativa por parte de algum magistrado e identificação dos pressupostos que guiam sua leitura.

¹⁰² Assim estabelece Kelsen no âmbito de sua Teoria Pura do Direito. Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existe.

¹⁰³ No original: Judicial voices. Does the judgement include concurring opinions? Since the dispute is settled by the opinion of the court, detailed supplemental opinions reflect the concurring judges broad perception of their role as one that extends beyond mere dispute settlement to analysis of broader legal issues and the exposition of judicial differences regarding their resolution.

3.9 A perspectiva multidimensional do ativismo judicial

Com base na abordagem de autores como Kmiec, Marshall, Canon, Ernest Young, Stefanie Lindquist, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) desenvolve um modelo de abordagem multidimensional do ativismo judicial, no qual, no centro da análise reside o comportamento judicial como critério de análise de uma postura ativista por parte das cortes constitucionais.

A defesa da perspectiva por parte de Azevedo assenta seu ponto de vista na relevância epistêmica de sua abordagem, já que considera a realidade como sendo multifacetada de uma decisão judicial. Some-se a isso o pensamento de que uma abordagem unidimensional não ofereceria conhecimento suficiente sobre o comportamento dos juízes e das cortes ativistas. E por causa disso as abordagens unidimensionais carecem de fundamento epistêmico. Todavia, o que não fica muito claro na abordagem multidimensional é que diante de decisões complexas, o critério institucional de explicação do comportamento dos juízes fornecerá parâmetros consistentes e seguros de investigação, já que uma abordagem multidimensional permite que diferentes investigadores cheguem a conclusões distintas, a depender de critérios que julguem relevantes. O problema reside, exatamente, em tais critérios de análise, que não são suscetíveis de apoio em pontos de vistas mútuos que garantam integridade e coerência. Abordagens que geram distintas concepções diante de fenômenos idênticos revelam diferenças de pressupostos de leitura do fenômeno a ser estudado, o que não garante confiabilidade a uma interpretação, ainda que a postura multidimensional apresente como ponto positivo a extensão da metodologia de análise em função da identificação, da avaliação e do resultado a ser obtido na investigação. Acrescente-se a isso que Azevedo é consciente dessa variabilidade, especialmente, quando tenta explicar que um possível ponto de fraqueza nessa abordagem dependeria da adoção da postura teórica ou filosófica do investigador. Todavia, é impossível separar as fraquezas dos pressupostos teóricos de um autor da própria investigação que realiza, uma vez que é graças à consciência da finitude do processo compreensivo que se garante a virtude da correção dos próprios erros.

O problema de uma perspectiva multidimensional, em que espera uma análise comportamental e ao mesmo tempo estratégica em seu lado institucional, não reverencia a busca pela origem do que torna possível tal comportamento. A

perspectiva multidimensional tem natureza ôntica. Pensa o ativismo a partir de uma atitude que o deixa ser o que é e como é. Não tematiza o que torna possível suas múltiplas formas de existir. Corre-se o risco de dar ênfase a algum fator de poder voltado a um pensamento estratégico para satisfação de algum objetivo ou preferência de organização institucional. Na base desse pensamento está um viés utilitarista em que se dá valor as preferências em detrimento das consequências ruins que as ações podem vir a estabelecer.

3.10 A coerência e integridade como validade das interpretações do Direito: o Direito na visão de um ouriço

Esta visão do Direito possui como pressuposto de leitura uma passagem de Arquíloco sobre a unidade da concepção de mundo. “Existe uma linha entre os fragmentos do poeta grego Arquíloco que diz: A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa¹⁰⁴” (BERLIN, 2011, p. 3). O pressuposto de leitura trata de avaliar as pessoas e os pensadores conforme seus referenciais, a partir de uma única e singular visão baseada em um princípio de ordem universal que organiza todas as possíveis posições argumentativas, axiológicas, políticas de uma pessoa - estes seriam os ouriços. Em relação às raposas, estas seriam pessoas que perseguem muitos fins e que na maioria das vezes tentam se adaptar a situação por não possuir referenciais que formem um todo harmônico com suas crenças e posições ideológicas. As raposas não guardam relação intrínseca entre seus posicionamentos e, às vezes, podem ser contraditórios os fins buscados. A melhor defesa contra as várias interpretações possíveis trata de conhecer “esta grande coisa” que um ouriço sabe e a única defesa que ele conhece.

Todo o pensamento de Ronald Dworkin é feito como uma crítica ao positivismo, sendo o autor um ouriço. Ele parte de dois pressupostos segundo Stephen Guest (2010): primeiro, as proposições jurídicas podem ser verdadeiras sem demonstração ou prova; em segundo lugar, apresenta como ponto forte a ideia de que o positivismo é uma boa teoria que serve para explicar onde o direito chega ao fim e a ideologia inicia. Parte-se do pressuposto que as proposições não podem ser fundamentadas nem a partir da essência das coisas, nem a partir da consciência

¹⁰⁴ No original: “There is a line among the fragments of the Greek poet Archilochus which says: The Fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing”.

do sujeito cognoscente. Do mesmo modo, não há uma separação clara entre Direito e Moral, o que não se admite é a correção Moral do Direito. Isso explica já de antemão seu conceito de Direito:

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é direito. Teorias gerais do direito, são para nós interpretações gerais da nossa própria prática judicial. [...]. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar (DWORKIN, 2007, pp. 488-489).

No conceito de Ronald Dworkin está a primeira tentativa de lidar com a lógica que Thomas Vesting identificou: como lidar com contextos em constante transformação que levem em conta a temporalidade do que se interpreta. Dworkin o faz ao considerar o Direito como um conceito interpretativo, e por tal consideração prefere pensar o Direito como um critério de avaliação de quais argumentos valem para o Direito. Na verdade, na própria definição do Direito, Dworkin já estabelece o critério de validade do mesmo. E esse critério chama-se integridade: uma proposição jurídica só é verdadeira se apresentar o que ele chama de integridade. Seu conceito de proposição é mais simples do que imaginamos, não remete a nenhuma teoria linguística ou metafísica para se fazer explicar. “Proposições jurídicas são todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 2007, p. 6). Bem pensadas as coisas, este conceito de proposição jurídica já é utilizado desde o segundo capítulo. Em seu dizer, as proposições jurídicas podem ser concebidas da seguinte forma: “são interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém, diferente de ambas” (DWORKIN, 2007, p. 219).

Ademais, Dworkin não fica preso a nenhum elemento dicotômico em que divide o Direito entre ser e dever-ser. Ele supera essa dicotomia ao descrever como as divergências acontecem entre juristas, magistrados e quem quer que lide com o Direito: “Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser” (DWORKIN, 2007, p. 10). As divergências ocorrem sobre o que o Direito deveria ser e não sobre o que de fato é o Direito. Dworkin afirma que ninguém duvida que o direito represente decisões passadas de instituições jurídicas, sejam elas legislaturas, câmaras

municipais, etc. Ademais, “todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios” (DWORKIN, 2007, p. 39).

Dessa passagem, quanto ao uso dos critérios de interpretação, advém a seguinte pergunta: podemos discutir o que é a democracia? Se sim, façamos uma objeção: só podemos discutir o que é democracia se todos partilharem o mesmo conceito, segundo os mesmos critérios de uso da palavra ou podemos nos digladiar oferecendo vários conceitos de democracia em diferentes contextos de uso da palavra? A primeira parte da pergunta evidencia o que Dworkin chamou de agulhão semântico, em outras palavras, ou se aceita em um debate os mesmos critérios de uso de uma palavra ou não há como debater. Curiosamente, Dworkin chamou isto de uma grande estupidez. Algumas pessoas pensam que a divergência existe apenas porque diferentes significados são atribuídos às palavras. No agulhão semântico, positivistas e pessoas limitadas acreditam que quando há interpretações diferentes, em matéria de direito, elas existem porque há uma divergência quanto ao que o direito é, na verdade a divergência é apenas teórica. O agulhão semântico representa todo o problema que o Direito teve ao longo dos tempos em lidar com a ambiguidade, vagueza das palavras, em suma o problema da indeterminação.

Não é por acaso que Dworkin definirá sua teoria da interpretação da seguinte maneira: “uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos” (DWORKIN, 2007, p. 39). Na verdade, sua teoria da interpretação é uma exposição da melhor justificação que se pode apresentar quando se toma uma decisão. Decisão esta que irá impactar diretamente na vida das pessoas envolvidas em algum conflito. Eis a responsabilidade com o que um juiz se depara todos os dias de sua vida. Interpretar é relatar um propósito, segundo Dworkin, que significaria a maneira de ver o que é interpretado. O relato de um propósito exige saber diferenciar as exigências que são reconhecidas por todos que seguem a prática interpretativa e o que ela requer.

A interpretação, segundo Dworkin, possui três etapas, que ele chamou de: pré-interpretativa, na qual se identificam as regras e padrões da prática; a etapa interpretativa trata da justificativa da prática interpretativa; e a terceira, de pós-interpretativa, na qual ocorrem os ajustes sobre o que a prática interpretativa realmente requer. Grande parte do problema da interpretação de Dworkin centra-se no seguinte: “Uma teoria geral deve saber explicar o porquê da maioria dos

intérpretes pensam que suas reivindicações e argumentos apontam para a verdade, se eles estão certos nessa suposição e, se são, em que consiste a verdade de uma pretensão interpretativa ¹⁰⁵ ” (DWORKIN, s.d.). Na verdade, quando Dworkin estabelece este tipo de preocupação, está indagando sobre a validade de nossas interpretações. Que motivos temos para acreditar que quando interpretamos nossas interpretações estão certas?

Neste contexto, a capacidade que o Direito tem de oferecer uma resposta que ele a chama de correta centra-se no que há muito tempo já se discutia: o problema da lacuna. Se o Direito não estabelece uma previsão, poderia quem decide inventar suas próprias regras ante a falta de previsão, ou quando se está diante de termos imprecisos e gerais cabe ao intérprete suprir tal problema da melhor maneira que lhe parece, ou quando diante de argumentações igualmente fortes não se sabe qual interpretação é a certa. A pergunta feita por Dworkin: “quando não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito?” (DWORKIN, 2000, p. 175) cobra de uma decisão critérios previamente estabelecidos pelo Direito e não a partir do julgador ou quem quer que seja. O problema não está em ter “uma” resposta correta. O problema está em não ter critérios suficientes para definir uma resposta que é deixada ao arbítrio de um julgador.

Portanto, a tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimidas no campo do direito, combate, isto sim, o vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador à falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto (CONPENDI, 2009, p. 9).

A tese da resposta correta foi duramente criticada, por se pensar que para os casos difíceis existiria uma única resposta correta. Mas, na verdade, era apenas uma forma de os cétricos externos atacarem o problema de uma perspectiva positivista. Nesta, eles atestavam com toda competência e inteligência que lhe são peculiares à estupidez da queda diante do aguilhão semântico, no qual só podemos discutir conceitos interpretativos se estivermos diante dos mesmos critérios em contextos prático-sociais.

¹⁰⁵ No original: A general theory would have to explain why most interpreters think that their claims and arguments aim at truth, whether they are right in that assumption, and, if they are, in what the truth of an interpretive claim consists.

Dworkin assume que a interpretação é uma forma distinta de indagar as coisas. Nela existe um propósito de exhibir o valor do que foi interpretado como finalidade em função das exigências que o gênero de interpretação está submetido. Cada gênero tem uma prática coletiva e nestas está a história das mesmas, e cada um de seus participantes a assume como necessária para estabelecer um ponto de vista. Na verdade, o problema não está no fato de que duas pessoas discordam quando interpretam o mesmo objeto, e sim quando:

[...] eles são os propósitos de um empreendimento interpretativo como um todo: os intérpretes, como eu disse, fazem suposições e discordam nessas suposições sobre o que o propósito de um empreendimento em particular deve ser considerado como sendo (DWORKIN, s.d., pp. 10-11).

Dworkin, neste ponto, solapa a tese tão bem aceita pelos pós-positivistas, em que sustentam que quando dois investigadores debruçados sobre um mesmo objeto oferecem interpretações igualmente certas sobre o objeto investigado, ambos estão certos. Acreditar que ambas as respostas são certas porque se seguiu um método científico que garanta a validade de suas interpretações é tão ingenuo quanto duvidar se estamos de fato acordados ou sonhando, tal qual Descartes o fez. É preciso saber, de fato, as razões pelas quais discordam e isso só é possível saber avaliando os propósitos com que se susteta a prática interpretativa desempenhada. Ele estabelece três tipos de gêneros conforme suas práticas interpretativas.

A interpretação colaborativa, em seus diferentes gêneros, assume que o objeto de interpretação tem um autor ou criador, e que o autor iniciou um projeto que o intérprete tentará avançar. A interpretação literária e artística, a interpretação jurídica e a interpretação conversacional são exemplos deste tipo. A interpretação explicativa pressupõe algo diferente: não que os intérpretes estejam em parceria com aqueles que criaram algum objeto ou evento, mas que um evento tem um significado particular para o público que o intérprete aborda. A interpretação histórica, sociológica e psicodinâmica são exemplos deste tipo de gênero. (...) A interpretação conceitual, que mais tarde discutirei, inclui grande parte da filosofia moral e política substantiva, é estruturada por uma suposição ainda diferente: que o intérprete procura o significado de um conceito que é criado e recriado não por autores isolados, mas pela comunidade cujo conceito é¹⁰⁶ (DWORKIN, s.d., pp. 11-12).

¹⁰⁶ No original: Collaborative interpretation, in its different genres, assumes that the object of interpretation has an author or creator, and that the author has begun a project that the interpreter will try to advance. Literary and artistic interpretation, legal interpretation, and conversational interpretation are all instances of this type. Explanatory interpretation presupposes something different: not that interpreters are in partnership with those who created some object or event, but that an event has some particular significance for the

A interpretação jurídica está no primeiro gênero em que ofereceria a continuidade da autoridade do autor, só que nela está inserida o respeito a esta autoridade e ao mesmo tempo um propósito para avaliar se esta foi a melhor leitura possível desta autoridade. Neste gênero, ao qual está submetida a interpretação jurídica, também está a literária, especialmente porque partilham do mesmo início, quer dizer, as duas dão continuidade ao que um autor iniciou e deve-se respeito a isto. Nesta problemática Dworkin desenvolve a hipótese estética:

Minha sugestão aparentemente banal (que chamarei de hipótese estética é a seguinte: a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor leitura da obra de arte (DWORKIN, 2000, p. 222).

A consequência da hipótese estética é que a defesa de um ponto de vista que estabelece a melhor interpretação possível deixa de conceber-se como a própria ideia de interpretação e passa a ser candidata à melhor resposta possível. Na verdade, todas as teorias sobre a interpretação estabeleceriam modos de ver o Direito. É neste ponto que Dworkin começa a oferecer um novo critério de validade para as interpretações que até então se baseava na correspondência de alguma intenção, seja do legislador, da lei ou do intérprete. Ele nos oferece a ideia de Romance em cadeia como primeiro passo dessa validade:

Quero usar a interpretação literária como um modelo para o método central da análise jurídica; assim, preciso demonstrar como mesmo essa distinção entre artista e crítico pode ser derrubada em certas circunstâncias. Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então (DWORKIN, 2000, pp. 235-238).

audience the interpreter addresses. Historical, sociological and psychodynamic interpretation are examples of this type of genre. An historian who constructs a theory about the meaning of the French Revolution or the holocaust is not in partnership with Jacobins or Nazis. Instead he tries to find the significance of these epochs for us. Conceptual interpretation, which I shall later argue includes much of substantive moral and political philosophy, is structured by yet a different assumption: that the interpreter seeks the meaning of a concept that is created and recreated not by single authors but by the community whose concept it is.

O romance em cadeia é apenas um exercício do que de fato importa no momento de decidir um caso jurídico concreto. Cada juiz seria como um romancista na cadeia, que dá continuidade a uma tradição. Esta se iniciou muito antes dele. O caráter contínuo da tradição não é uma mera elegância para mostrar como as coisas sempre foram assim, mas, na verdade, que tal continuidade não deve ser quebrada por razões meramente subjetivas que avaliam o melhor senso de justiça e de direito individualmente. Nas palavras de Dworkin: “ele (o juiz) deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2000, p. 238). Na verdade, o primeiro passo para não se valer de um entendimento próprio que subverta o próprio direito, em sua correção, é dar continuidade ao que já se vinha tratando. Eis o primeiro requisito que é cumprido para uma decisão, que é válida quando considerada intersubjetivamente, pois dá continuidade ao que já se vinha tratando. A essa ideia de continuidade Dworkin chamou em um primeiro momento de consistência, para depois perceber que mais adequado seria chamar de coerência, pois a ideia de consistência radica apenas na continuidade do que já se vinha tratando, gerando a ausência de proposições contraditórias. Dworkin não quer cometer o erro de Kelsen ao tentar eliminar a imprecisão das palavras já no início, em uma clara estratégia de já não conceber no início as imprecisões. O romance em cadeia chama a atenção que no Direito também existe esse romance, mas é mais complexo, porque possui um caráter normativo e não narrativo. A linha de continuidade que o Direito requer Dworkin chamou de coerência de princípio:

A coerência de princípio é uma outra questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia, de fato, como os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado (DWORKIN, 2007, p. 163).

A coerência explica o relacionamento com o passado ao qual o Direito está constantemente submetido e que exige por parte de quem interpreta ser levado em consideração. Ou alguém há de duvidar que as decisões legítimas do legislador e a jurisprudência muitas vezes possuem um efeito vinculante para o futuro. Não é por outra razão que Dworkin coloca a interpretação jurídica no gênero colaborativo. Seu intuito é captar a racionalidade contingente com que nos deparamos ao longo da temporalidade. A coerência ressalta o que de fato faz sentido, não porque tenha que

dar continuidade ao que foi dito, mas porque “a partir dos fatos daquele conjunto particular de circunstâncias, ela fornece uma maneira de argumentar que serve para todos os tipos de circunstâncias por meio de um princípio” (GUEST, 2010, p. 47). Ademais, considera-se que a função dos princípios é, exatamente, fornecer uma coerência pelos padrões que estabelece, limitando a discricionariedade do intérprete ora em criar as suas próprias regras de interpretação, ora em estabelecer um critério próprio para resolver a polissemia que a linguagem a todo tempo submete o Direito.

Eis o ponto: a consistência que a coerência fornece apenas apresenta a continuidade como critério de consideração, isto quer dizer que todos os casos idênticos serão tratados de maneira igual. Então, pergunta-se: “você acha que bons argumentos jurídicos devem ser coerentes e justificados em princípio, apresentando uma visão única de justiça?” (GUEST, 2010, p. 48). Se você quer ser tratado como todos os outros o são e não depender de critérios subjetivos, espere que em seu julgamento não se utilizem argumentos que quebrem o romance normativo do Direito e que não sejam incoerentes com o que já se vem decidindo, sua única salvação recebe o nome de integridade. Eis o que Sandra Martinho Rodrigues chamou de: “a chave da melhor interpretação construtiva” (RODRIGUES, 2005, p. 40). Mas esta chave se divide em duas, porque cobra tanto a integridade no plano legislativo, quanto no plano judicial. No plano legislativo, a integridade é um princípio que leva em conta a legitimidade que só se justificaria se oferecesse uma boa explicação sobre o motivo pelo qual o direito como autoridade é capaz de justificar o uso da força coercitiva. Assim, no caso do poder legislativo, se deve respeitar o princípio da integridade do seguinte modo: “O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 2007, p. 266). Já integridade no plano judicial ocorreria, assim:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

Agora, a integridade é colocada em um novo patamar na sua versão judicial. Ela é a própria condição de validade de uma decisão jurídica, que não deixa o Direito se submeter a nenhuma correção Moral ou Política. Ao invés disso, apresenta critérios que não são discricionários do próprio julgador, mas, sim, conforme a justiça, equidade e devido processo legal para uma resposta adequada. A justiça diz respeito a como se distribuem recursos e oportunidades em uma sociedade. A equidade é critério de distribuição dessas influências que deve respeitar todos com igual consideração e respeito. O devido processo legal trata de quais procedimentos são adequados e tidos como corretos para regular o sistema de regras produzido. A resposta correta não é a única resposta a ser oferecida, mas, sim, a resposta que segue tais critérios de validade, só assim se pode dizer quais argumentos valem para o Direito.

Um exemplo disso é a seguinte pergunta: o código de defesa do consumidor “deve ser” aplicado nas relações advogado e cliente? Supomos que até então o Judiciário vem decidindo que outros profissionais autônomos quando prestam seus serviços se submetem a tal código, mas os advogados não se adequam ao que se chama relação de consumo, porque não podem oferecer seus serviços no mercado e estão submetidos a um estatuto próprio. Diante desta nova pergunta, mais uma vez feita, por coerência à Jurisprudência, deveríamos sustentar sua não aplicação as relações advocatícias. Todavia, a sua não aplicação a advogados feriria o dever de tratar todos com igual consideração e respeito, não só os consumidores como também os outros profissionais que se submetem a tal código. O dever de tratar a todos com igual consideração e respeito oferece melhor justificativa para aplicação do diploma legal ou os argumentos da impossibilidade de anunciar seus serviços e estatuto próprio servem para a não aplicação de tal código e superação de um tratamento igual e com mesma consideração e respeito entre os profissionais?

Este típico raciocínio, em que é necessário desenvolver o que requer uma autoridade legislativa e a sua conciliação com princípios jurídicos em casos concretos, na visão de Dworkin, só pode ser feito por um juiz chamado Hércules.

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência

e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules (DWORKIN, 2007, p. 165)

Dworkin recebeu muitas críticas sobre como concebeu Hércules. Este foi chamado de guardião da moralidade, que este superjuiz, com qualidades sobre-humanas, iria requerer uma verdadeira façanha para apresentar uma resposta certa perante casos concretos no direito. Uma destas críticas é que Hércules tem o poder de descobrir princípios do direito e ser representante de toda uma comunidade, em suma o novo Leviatã da sociedade contemporânea. Mas, na verdade, Hércules é apenas um juiz que sentiu todo o peso de encontrar uma solução ao problema da validade das proposições jurídicas, que há mais de duzentos anos é discutida, desde que o direito foi positivado, para decidir a vida das pessoas, de modo a minimizar, o máximo possível, os erros de má apreciação. Na verdade, Hércules é o indicador do que realmente vale como direito e não mais uma regra de reconhecimento (GUEST, 2010, p. 48). A maneira de ler o art. 926 do código de processo civil exige das decisões judiciais o respeito a um critério de validade do Direito que não mais se encontra em nenhuma vontade do legislador, da lei ou do intérprete, mas no próprio Direito a partir da coerência e integridade jurisprudencial, como avaliação do melhor propósito de uma prática interpretativa.

3.11 Conclusões parciais: a validade nos dias atuais

Procurando trazer as mais diversas definições de ativismo judicial, o objetivo foi tentar traçar um perfil das diversas conceituações. Seja considerando aquelas que misturam sua definição com a judicialização da política, ou as que abarcam uma gama de possibilidades como as multidimensionais, seja considerando em função da discricionariedade interpretativa. Em todas elas, além da concretização de direito, o problema da liberdade e os vínculos aos quais a interpretação está submetida, as consequências do relacionamento institucional, as múltiplas dimensões, o que na verdade realizam é uma análise ora comportamental ou interpretativa das decisões. E muitas das críticas que são feitas questionam, sobretudo, a validade de uma interpretação, ora a partir da consequência da postura defendida por um Tribunal, ou seja seu comportamento, ora da interpretação realizada na decisão judicial.

O problema da validade das interpretações passou da defesa de um conceito do Direito como critério de leitura para o próprio papel interpretativo

desempenhado em um tribunal. Não é por acaso que se justifica a interpretação do art. 93, inc IX da Constituição federal como meio de estabelecer um controle das decisões judiciais, que para ser efetivo deve cobrar da intersubjetividade os parâmetros interpretativos. Todavia, só o controle intersubjetivo não é suficientemente eficaz, pois passaríamos apenas a admitir que as muitas visões sobre um determinado instituto jurídico e o modo como é tratado na jurisprudência seriam suficientes para garantir sua validade, desde que houvesse continuidade sobre o que se vem discutindo.

Admitiríamos intersubjetivamente que todas as respostas são igualmente razoáveis e possíveis, o que nos colocaria em um dos extremos do ceticismo. Cético não é só o que não acredita em nada, mas também aquele que acredita que todas as respostas são igualmente corretas, sem um critério de validade de sua percepção. É neste ponto que assume importância o art. 926 do código de processo civil como critério de validade das interpretações no direito brasileiro. Sua tese baseia-se em critérios de coerência e integridade, provenientes da obra de Ronald Dworkin, de modo que a discussão do ativismo judicial ante os termos de discricionariedade de uma decisão só pode receber como critério de validade de uma decisão a concepção proveniente do próprio Direito.

Atente-se na adoção do critério de validade de uma interpretação jurídica. Ao longo da historicidade desta discussão, o primeiro critério residiu na vontade do legislador, mas o legislador é um ente despersonalizado, a vontade da lei também não é suficiente, pois a lei não tem vontade, podendo-se, isto sim, atribuir vontades a ela; o interesse juridicamente protegido pode ser considerado um critério de validade, que mais depende da leitura conflitiva do Direito do que propriamente no Direito; o normativismo atribui ora a uma decisão de política ou a uma regra de reconhecimento a validade de uma interpretação, o que, de certa forma, busca fora do Direito um critério de validade para interpretações, ora porque reside dentro de uma moldura metafisicamente concebida baseado em uma norma hipotética, ora com base no reconhecimento de todos; acrescente-se por último a dependência do reconhecimento de uma proposição jurídica pelos tribunais. Nenhum desses critérios de validade é concebido a partir do próprio Direito, geralmente atribuem a fatos a validade das interpretações. Todavia, o critério de coerência e integridade de uma interpretação se faz a partir do próprio Direito, especialmente porque não cai na armadilha entre ser e dever-ser. Por isso, se foi necessário desenvolver o

fundamento jurídico e sendo necessário mostrar a visão que seu autor Ronald Dworkin faz da coerência e integridade.

Este capítulo iniciou-se com uma discussão entre Direito, Moral e Política. A melhor explicação para este relacionamento está em que o Direito não deve permitir ser corrigido pela Moral e muito menos pela Política. Mas não pode desprezar que seu conteúdo é dado por critérios que estabelecem como devemos nos tratar em sociedade, o que é o mesmo que dizer que existe uma moralidade (tratamento) política (na sociedade).

A segunda discussão estabelecida foi caracterizar o que é a judicialização da política. E esta é uma consequência da grande amplitude que assumiu o Direito para se adaptar às exigências da vida social no pós-guerra. O ativismo judicial é o que chamamos hoje quando nos deparamos como problema da validade do Direito, em que não se tem um critério jurídico para decidir casos concretos. Até então, só se conseguia chamar tal problema de indeterminação do Direito. E a melhor pergunta que se podia fazer era: é o direito uma ciência? No intuito de oferecer um critério de validade científico. Assim, sem consciência da historicidade do intérprete se sobressai a sua criatividade ete de forma pessoal e subjetiva para resolver alguns casos jurídicos. Ou, na visão de alguns, diante dos casos difíceis, o intérprete goza de maior liberdade para decidir, uma vez que as premissas não estão estabelecidas previamente. A definição de ativismo judicial é extremamente complexa e contestada, de muitas formas se podem construir validades que não estão no Direito. Boa parte das definições sobre o ativismo judicial apresenta suas múltiplas vertentes, seus vários modos de ser. Boa parte das práticas interpretativas que o sustentam não respeita a continuidade da historicidade do que se vinha interpretando, muito menos a integridade do Direito.

O fundamento jurídico de todas essas alegações reside no art. 93, IX da Constituição Federal e sua especificação está no art. 926 do Código de Processo Civil brasileiro. Eles formam o controle da decisão de forma intersubjetiva, mas ao mesmo tempo exige uma validade de quais interpretações se mostram adequadas para justificar o modo como se resolvem os problemas das pessoas que recorrem ao judiciário. A interpretação destes artigos não poderia ser feita sem alusão à teoria de Dworkin, que representou a tentativa de ser uma resposta mais bem acabada sobre o que se esqueceu de discutir ao longo de duzentos anos de estudo do Direito, desde a sua codificação.

A teoria de Dworkin é, na verdade, uma interpretação sobre o que é viver bem em sociedade, o tanto que exige de esforço sobre o melhor caminho que devemos trilhar para o futuro, respeitando as decisões fundamentais que tornaram nossa sociedade possível. É uma constante tentativa de união, ao mesmo tempo, de respeito a interesses, convicções e projetos tão diferentemente concebidos em uma sociedade. Queremos um mesmo fim, uma sociedade justa, por meios diferentes. Tudo isso exige de nós coerência constantemente ajustada pela integridade. Nisso tudo, há uma relação de dependência mútua entre as partes e o todo de nossos próprios posicionamentos interpretativos. Cada parte deve ser pensada e contestada com o que se considera convincente em função do todo. A melhor definição do direito até hoje foi feita por ele: “isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2007, p. 165).

O método fenomenológico heideggeriano esteve presente neste capítulo quando se operou o passo para trás no relacionamento entre Direito, Moral e Política. A historicidade deste relacionamento revelou o modo como cada um foi utilizado para corrigir o Direito. Ante o problema da legitimidade, foi necessário mostrar o redimensionamento, tanto na concepção de democracia quanto na concepção de interpretação. A interpretação fenomenológica heideggeriana cobra o estabelecimento de um critério de validade das afirmações feitas.

Assim, a tradição jurídica apenas pensou o problema da validade do Direito como interpretação do sentido do que vem a ser o ativismo judicial, o fez em uma percepção ôntica, levando em consideração apenas as múltiplas formas de definição do fenômeno, não o pensou a partir do ponto de vista que gera toda essa diversidade, a perspectiva ontológica, na qual reside o problema da validade do Direito.

Em seu esquecimento, não levou em consideração a maneira de conhecer o que dá fundamento e sentido a uma interpretação jurídica quando ativista. Sendo assim, foi necessário desconstruir à ideia de que ativismo judicial era sinônimo da judicialização da política, e qualquer outro desvio epistemológico em sua definição. A apropriação positiva do passado se fez concebendo um critério de validade às proposições jurídicas, a partir da coerência e integridade da interpretação. O fundamento jurídico presente, tanto da Constituição Federal como no código de

processo civil, possibilitou uma revisão dos prejuízos legados pela tradição, de modo a oferecer um parâmetro de validade que agora é exigido para tribunais brasileiros.

CAPÍTULO 4 – A ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 – A MARCHA DA MACONHA

Uma interpretação fenomenológica heideggeriana identifica o uso das palavras, as contesta em função da sua origem, desconstrói qualquer critério metafísico de validade dos seus possíveis usos e as coloca na linha contínua da história institucional como novo critério de validade. A pergunta de partida desta dissertação - o que faz ser uma decisão ativista - cobra como primeiro passo o conhecimento sobre o que se faz em uma decisão jurídica. Uma decisão jurídica se faz a partir de práticas interpretativas. Ao longo da história do desenvolvimento do Direito, a hermenêutica jurídica elaborou práticas interpretativas. Estas, na presente análise, constituem os elementos pelos quais viabilizarão a análise qualitativa da decisão. A validade das interpretações será avaliada a partir dos posicionamentos assumidos pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos sobre a liberdade de expressão. É primordial ter em mente qual o objetivo da liberdade de expressão que vai guiar o modo como esta foi utilizada, para justificar em sua generalidade a especificidade do caso concreto suscitado.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 187 trata da liberdade de expressão e do direito de reunião em praça pública. O conflito de interpretações sobre o art. 287 (Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime) acontece da seguinte forma: a liberdade de expressão do modo como decidida pelo Legislador Constituinte abrange ou não a discussão em praça pública sobre a descriminalização de um entorpecente? No centro da discussão da arguição de descumprimento de preceito fundamental 187 reside a técnica da interpretação conforme a Constituição. Tal técnica baliza um conflito de interpretações entre dois sentidos possíveis, até então estabelecidos, do art. 287 em face da Constituição brasileira.

Duas interpretações sobre o artigo 287 do código penal são possíveis: em virtude dos entorpecentes serem ilícitos penais, apoiar em praça pública a sua descriminalização corroboraria o tipo penal “fazer apologia” ao crime de tráfico. A segunda estabelece que a discussão em praça pública sobre políticas públicas sobre o uso das drogas não constitui crime de apologia. A marcha da maconha tem como objetivo articular grupos sociais para debater assuntos sobre políticas de saúde pública e legalização da maconha. Seu poder de articulação envolve a

organização de um grupo em praça pública para reivindicar o discurso sobre a legalização do entorpecente referido. Seu objetivo é debater se pode haver uma lei que descriminalize o tratamento que recebe a maconha na sociedade atual.

O caminho da análise avalia qual das duas interpretações do art. 287 do código penal deve ser aceita como a melhor interpretação em face da Constituição brasileira. Em outras palavras, trata de como o Supremo Tribunal procedeu na análise do texto da Constituição, que determina qual interpretação suscitada na arguição de descumprimento de preceito fundamental, em análise, é a mais coerente com a Constituição. Dessa maneira, procura-se avaliar o texto como limite do sentido da interpretação realizada e até onde se reconhece a especificidade da generalidade no texto da Constituição, o sentido do limite da interpretação (STRECK, 2007 apud TRIBE; DORF, 2007, pp. 13-35). Neste aspecto, a análise trata da adequação do texto em sua generalidade diante da especificidade que pode albergar. Este foi o meio encontrado para dar prosseguimento às duas ideias que permitiram levar em consideração a historicidade do problema da validade do Direito: como o direito deriva de um texto e se adapta às necessidades da vida. Atendendo a estes dois critérios, procuram-se quais argumentos podem ser utilizados e que práticas interpretativas foram utilizadas.

4.1 A liberdade de expressão – na visão doutrinária

4.1.1 A ironia da liberdade de expressão – Owen Fiss

Ironia, segundo Owen Fiss, lida com um paradoxo, logo pode ser tida como um contraste. Qual é a sua relação com a liberdade de expressão? É que a liberdade de expressão se encontra permeada por um conflito entre valor e um contravalor, dependendo do contexto em que se insere o discurso e a disputa pelo debate. Contravalor pode ser conceituado como um valor que se opõe a algum referencial.

Assim, no contexto do Estado Liberal, a disposição do art. 5º inc. IX¹⁰⁷ da CF/88 que trata da liberdade de expressão, a liberdade de expressão é contraposta

¹⁰⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inc. IX é livre a expressão da

à ordem que o Estado regula sendo uma limitadora desta. Logo, a liberdade de expressão é tida como um direito de se autoexpressar sem que o Estado possa realizar intervenções prévias a ponto de permitir ou não a exibição ou apresentação do discurso. Essa forma de compreender a liberdade de expressão é especialmente defendida em um país como o Brasil, que na época de formação da Constituição de 1988 saía de uma ditadura que prezava pela censura do discurso público. Ademais, Owen Fiss, tratando da ideologia liberal, indaga sobre a ideologia que norteia a interpretação da liberdade de expressão:

A visão libertária – de que a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão – faz um apelo para o *ethos* individualista que tanto domina a cultura popular e nossa cultura política. A liberdade de expressão é vista como análoga à liberdade de religião, que também é protegida pela primeira Emenda. Todavia, essa teoria não consegue explicar por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses dos indivíduos objeto do discurso, ou os indivíduos que devem escutar o discurso, quando esses dois conjuntos de interesses que conflitam (FISS, 2005, p. 30).

Nesta perspectiva, entre a limitação do Estado e o desenvolvimento do discurso na esfera pública, há um embate entre “o valor da liberdade de expressão *versus* os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação (os chamados contravalores)” (FISS, 2005, p. 33).

Só que no contexto do Estado Social, agora, cobra-se do mesmo uma postura intervencionista, de modo a equilibrar a produção de discursos na esfera pública. Sobretudo, baliza o relacionamento entre discursos, de modo que minorias também possam sustentar seus pontos de vista. Neste contexto, Owen Fiss esclarece como se comporta a liberdade de expressão:

Enquanto o liberalismo do século XIX foi definido pelas reivindicações por liberdade individual e resultou numa inequívoca demanda por governo limitado, o liberalismo de hoje acolhe o valor igualdade assim como a liberdade. Ademais, o liberalismo contemporâneo reconhece o papel que o Estado pode desempenhar assegurando igualdade e por vezes mesmo a liberdade (FISS, 2005, p. 38).

O Estado Social procura reduzir desigualdades de modo a promover uma política inclusiva (FISS, 2005, p. 39). Grupos sociais que antes eram discriminados passaram a ter pretensões respaldadas nos direitos fundamentais, por exemplo. No

Brasil, na época da ditadura, artistas como Chico Buarque eram discriminados, o Estado o encarava, no dizer de Owen Fiss, “como um perigo iminente e manifesto (clear and present danger) a um vital interesse estatal” (FISS, 2005, p. 34). Quer dizer, todo perigo provocava a perturbação da ordem e todos os fatores que dela advêm como segurança, estabilidade e outros. Ainda que o interesse em manter a ordem fosse também resguardar a ditadura de críticas.

No Estado Social ante sua política inclusiva em que considera todos iguais, a liberdade de expressão teve que se deparar com a seguinte questão: Só quando todos forem livres é que haverá igualdade, ou todos serão iguais quando houver liberdade? Por trás deste jogo de palavras está o problema de fornecer mais discursos para haver igualdade ou regulá-lo de modo que seu exercício não soterre o discurso das minorias. Em outros termos, quando todos possuem a capacidade de se expressar e de se autorrealizar pelo discurso, como ouvi-los? “Algumas vezes nós devemos reduzir vozes de alguns para podermos ouvir as vozes dos outros” (FISS, 2005, p. 49).

A preocupação agora não é simplesmente com a posição social dos grupos que poderiam ser prejudicados pelo discurso cuja regulação é contemplada. Ao revés, a preocupação é com as postulações daqueles grupos a uma integral e isonômica oportunidade de participar do debate público – as postulações desses grupos à sua liberdade de expressão em oposição ao seu direito à igual proteção. O Estado, ademais está honrando aquelas postulações não por seu valor intrínseco ou para promover seus interesses discursivos, mas apenas como um meio de desenvolver o processo democrático. O Estado está tentando proteger o interesse da audiência – a cidadania como um todo – de ouvir um debate aberto e inclusivo das questões de importância pública (FISS, 2005, p. 50).

Todos podem participar do debate democrático, ainda que algumas vozes não consigam ser ouvidas. O problema não é mais poder ou não poder se expressar em face da ordem estatal, mas, sim, como delinear a capacidade de influência dos discursos na democracia, de modo que uma opinião seja formada ouvindo os dois lados da moeda.

O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo (FISS, 2005, p. 55).

Diante desse panorama, agora a liberdade de expressão não possui mais como contravalor a ordem, ou a igualdade, mas, sim, as consequências da última

como marcantes na democracia. O que se apresenta agora é que a regulação recai sobre a disputa das posições em debate, de modo que a quantidade de discurso deve ser filtrada em prol da sua qualidade. Em outras palavras, “com efeito, uma maneira de descrever a situação é simplesmente dizer que agora o discurso aparece em ambos os lados da equação, como um valor ameaçado pela regulação e como contravalor promovido por ela” (FISS, 2005, p. 50). A ironia está em que antes, na concepção liberal, a liberdade de expressão via o Estado como seu principal inimigo, e no segundo momento ele passa a ser um agente que determina o que pode ou não ser discutido na sociedade, especialmente quando ofende minorias.

4.1.2 A liberdade de expressão na visão de um ouriço – Ronald Dworkin

Ronald Dworkin inicia seu estudo lembrando a antiga concepção da liberdade de expressão pensada, baseada na visão do jurista William Blackstone: “dizia que o Estado não podia impedir os cidadãos de publicar o que bem entendessem, mas não era livre para puni-los depois da publicação caso a matéria fosse afrontosa ou perigosa” (DWORKIN, 2006, p. 314).

Dworkin estabelece duas maneiras de ver a liberdade de expressão. A primeira ele chama de instrumentalista e a segunda de constitutiva. A leitura instrumentalista trata a liberdade de expressão da seguinte forma:

Na primeira categoria, a liberdade de expressão tem uma importância instrumental, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade (DWORKIN, 2006, pp. 318-319).

A concepção de Owen Fiss na visão de Dworkin seria instrumentalista, especialmente, porque Fiss defende que o Estado seja o árbitro do quanto de discurso pode existir na sociedade em um debate. Na perspectiva instrumental, a liberdade de expressão garante ser mais fácil descobrir a verdade diante da participação de todos, alguma possível falsidade política, como também ajuda na proteção do poder perante o autogoverno do povo. Dworkin afirma que a liberdade de expressão na concepção instrumentalista tem como objetivo que a democracia funcione bem, que tenhamos informações suficientes na hora de escolher nossos governantes. Nessa leitura, tudo o que faça com que a democracia se efetive deve

merecer proteção da liberdade de expressão, mesmo que ela não explique que o Estado deva, em certos casos particulares, estabelecer uma censura sobre o que se venha querer ou aceitar. Na verdade, quando o Estado é colocado na qualidade de árbitro sobre o quanto de discurso pode existir em um debate na sociedade, ele apenas está se arvorando na qualidade de ser capaz de realizar uma escolha que seus cidadãos não podem fazer quando escolhem para si o que querem ouvir. Neste aspecto, Dworkin vai chamar atenção para a principal consequência do posicionamento de Fiss:

Se os cidadãos que respeitam a lei são agentes morais responsáveis, é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse social (DWORKIN, 2006, p. 333).

O que Dworkin ressalta é que a concepção instrumentalista da liberdade de expressão aceita que o Estado seja o responsável por realizar um filtro sobre o quanto de informação pode circular em um debate em nossa sociedade. Isto serve como garantia do bom funcionamento da comunidade em que vivemos. Já a visão constitutiva da liberdade de expressão apresenta dois pilares: o primeiro na responsabilidade do cidadão e o segundo na confiança de suas convicções serem expressadas.

Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade e moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la (DWORKIN, 2006, p. 319).

A concepção constitutiva da liberdade de expressão reforça a capacidade de escolha que um indivíduo faz, respeitando não só a individualidade de quem forma suas próprias convicções, como também garante que estas possam ser externadas. Ela garante que a liberdade de expressão não seja apenas um meio para garantir boas escolhas, mas que seja o fim que possibilita que estas sejam feitas da melhor maneira possível, segundo a melhor justificação de nossa sociedade em utilizar um critério de tratamento mútuo, garantindo aos seus cidadãos oportunidades de formar

e externar seus pontos de vista. Nesta perspectiva, tem-se o inconveniente de ter que aceitar até discursos que odiamos, para poder seguirmos defendendo a capacidade de realizar as nossas próprias escolhas.

4.2 A liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal – 5 casos

Até a presente data existem ao menos cinco casos paradigmáticos que determinaram o modo como a liberdade de expressão, prevista na Constituição Federal, é compreendida no direito brasileiro.

O primeiro indagou quais discursos são capazes de receber proteção pela liberdade de expressão. O caso tratava de um editor de livros que sustentava a inexistência do holocausto do ponto de vista da história, debate que ficou conhecido como o caso Ellwanger.

O segundo caso tratou da constitucionalidade da lei de imprensa em que o Supremo foi obrigado a responder se as expressões "subversão da ordem política e social" e "perturbação da ordem pública ou alarma social" são capazes de gerar algum controle prévio à veiculação da informação. Se existisse tal controle prévio, haveria censura. Coube ao Supremo Tribunal Federal dizer se a lei se adequava ou não à Constituição.

O terceiro caso versou sobre a possibilidade de programas humorísticos poderem ridicularizar os candidatos a cargos de representatividade nos três meses que antecedem as eleições. Neste caso, perguntou-se ao Supremo se a liberdade de expressão é capaz de reconhecer o discurso humorístico como digno de proteção em detrimento da proibição da lei eleitoral.

O quarto caso representou a discussão de ser crime de apologia o mero debate em praça pública sobre a descriminalização do entorpecente chamado maconha para fins medicinais. O Supremo teve que, mais uma vez, decidir sobre quais discursos são suscetíveis da proteção sobre a liberdade de expressão.

O quinto caso discutiu se a não autorização prévia para publicação de biografias recebia proteção da liberdade de expressão. O debate teve como objeto a necessidade de autorização não prevista no código civil para publicação de obras biográficas que incluíssem fatos da história da vida privada de quem era objeto de uma biografia.

Todos os cinco casos decididos pelo Supremo Tribunal apresentam uma alta idiosincrasia voltada para determinar o paradigma de interpretação da liberdade de expressão. A análise se baseará nos pressupostos de leitura do texto constitucional, especialmente ao mostrar quais critérios teve o julgador para decidir da forma que decidiu. Se for possível, durante a análise, mostrar as incongruências dos critérios adotados de leitura por cada ministro, irá revelar as incoerências e as faltas de integridade na validade de suas interpretações e será possível afirmar que as decisões se apresentaram como ativistas.

4.2.1 O caso Ellwanger – o discurso do antissemitismo contra judeus

A discussão do caso Ellwanger: O art. 5º, inciso XLII¹⁰⁸, da Constituição cobra de sua aplicação a definição de raça? Isso quer dizer que afirmações só são racistas quando ofendem uma raça determinada, ou certos discursos de ódio podem ser albergados pela liberdade de Expressão.

O primeiro ministro a se pronunciar sobre o caso foi Moreira Alves. Sua justificação se baseou em um nominalismo da definição de raça feita por integrantes do próprio judaísmo. Ao não considerar judeus como uma raça, o Sr. Ellwanger não cometeu nenhum crime de racismo.

O segundo ministro a se manifestar foi Maurício Corrêa, que adotou a prática nominalista em que considerou como a definição da genética pela impossibilidade de existir uma raça, todavia considerou que o conceito de raça é proveniente de uma convenção político-social, fato que não justifica a decisão indeferir o habeas corpus e o discurso do Sr. Ellwanger não receber guarida da Constituição. Considerar que o manto da liberdade de expressão promoveria proteção do discurso de ódio antissemita, na visão do ministro, propagaria a má convivência em sociedade. O ministro acaba por adotar a visão instrumental da liberdade de expressão.

O terceiro a votar foi o Ministro Celso de Mello, que estabeleceu que o conceito de raça se vincula à concepção humana, e, portanto, só existiria um único tipo. A melhor justificação de sua leitura se baseou no princípio da dignidade da pessoa humana e adotou a tese instrumental da liberdade de expressão como meio de garantir uma convivência justa e pacífica.

¹⁰⁸ “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

O quarto a votar foi o Ministro Gilmar Mendes, o qual afirmou a definição convencional de racismo com base em conceito histórico e cultura. Sua justificativa girou em torno da impossibilidade da adequação da liberdade de expressão em face de discursos que incitam ao preconceito em uma sociedade plural, igualitária e que reverencia a dignidade da pessoa humana. Também adotou a tese instrumentalista da liberdade de expressão.

O quinto ministro a votar foi Carlos Velloso, que optou por reconhecer aos judeus a qualidade de raça, especialmente porque nos livros do Sr. Ellwanger há referências aos judeus como tal. Colocou como questão principal de seu voto a configuração do antissemitismo como racismo e por isso a liberdade de expressão não poderia se sobrepor à dignidade da pessoa humana.

O sexto ministro a votar foi Nelson Jobim, que adotou a concepção pragmática do racismo que só poderia ser definida casuisticamente. Justificou seu voto segundo a concepção de que os motivos pelos quais o Sr. Ellwanger publicou seus livros não foram históricos, mas como instrumentos para produzir o antissemitismo, por isso o discurso do ódio não merece a proteção da liberdade de expressão.

A sétima a votar foi a Ministra Ellen Gracie, que considerou a definição de raça segundo a Enciclopédia Judaica, que reconhece o caráter vago e impreciso na Bíblia do termo e que assim sendo sugere uma narrativa de criação dos homens. Por considerar o discurso do ódio dotado de irracionalidade sem nenhum critério de sua correção, justificou não ser possível sua proteção perante a liberdade de expressão.

O oitavo a se posicionar foi o Ministro Cezar Peluso, que considerou insuscetível de proteção por parte da liberdade de expressão qualquer discriminação capaz de colocar em risco os fundamentos de uma sociedade livre. Adotou também a tese instrumental.

Nono em conceber seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto não considerou crime a conduta praticada pelo paciente, pois considerou o uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Seu posicionamento se coaduna com a tese constitutiva da liberdade de expressão. Reconheceu a atipicidade da conduta, pois a lei que tipificou o crime de racismo por meio de comunicação é anterior à publicação das obras.

O décimo a votar foi o Ministro Marco Aurélio, que reconheceu que para haver crime de racismo há a necessidade de haver incitação a tal prática. Também aduziu em clara manifestação ao propósito da positivação do crime de racismo na Constituição, e considerou que tal crime é voltado para negros e não para judeus, o que não houve no caso em função de o Sr. Ellwanger apenas mostrar um ponto de vista seu sobre a história. O ministro adota a tese constitutiva da liberdade de expressão ao considerar o discurso do Sr. Ellwanger como fruto de seu próprio ponto de vista sobre a história.

O último a votar foi o Ministro Sepúlveda Pertence, que considerou o julgamento do habeas corpus como uma questão de saber a inteligência da expressão “prática de racismo”. Seu critério de leitura da liberdade de expressão versou sobre o entendimento do jurista Blackstone, que admite expressar qualquer ponto de vista que melhor lhe convenha, mas a liberdade de expressão não seria uma imunidade às responsabilidades da manifestação de pensamento.

Por sete votos a três prevaleceu o critério instrumental da liberdade de expressão em face do discurso de ódio. Assim, o discurso proferido pelo Sr. Ellwanger não se enquadra sobre a proteção da liberdade de expressão.

4.2.2 A liberdade de expressão perante a censura prévia da lei de imprensa

O ponto central da ADPF 130 trata da leitura do art. 220 §1º da Constituição brasileira em sua parte: “plena liberdade de informação jornalística” como mecanismo de calibração de princípios da liberdade de expressão presentes no art. 5º, inc. IX e seguintes da Carta Magna. Na conjugação dos dois artigos, garante-se à atividade da imprensa os adjetivos livre e pleno à atividade jornalística. Nestes termos, a lei de imprensa suscita a regulamentação da liberdade de imprensa estabelecendo pré-requisitos à circulação da informação diante dos filtros das expressões “subversão da ordem política e social” e “perturbação da ordem pública ou alarma social” presentes no art. 17 da lei de imprensa. A problemática pode ser estabelecida da seguinte forma: pode a liberdade de informação em seu caráter livre e pleno se submeter a pré-requisitos de avaliação da garantia da ordem e subversão de tal ordem política e social?

O primeiro relator da ADPF 130 é o Ministro Carlos Ayres Brito. Seu critério de leitura estabelece a liberdade de imprensa como inteiramente livre, pressupõe

uma sociedade livre, e indispensável para formação da opinião pública, a chama de “irmã siamesa” da democracia. Aduz que os pré-requisitos da lei de imprensa são essenciais ao propósito de formação da Constituição cidadã. O ministro ressaltou a tese instrumentalista da liberdade de expressão.

O segundo a proferir o voto foi o Ministro Menezes Direito. Este ressaltou a importância da liberdade de imprensa como meio para obtenção de informações e para avaliação das instituições políticas. A liberdade de imprensa, na visão do ministro, é essencial à livre circulação de ideias. Adota também a tese instrumentalista da liberdade de expressão.

A terceira em se pronunciar foi a Ministra Carmen Lúcia, que ressaltou que a liberdade de imprensa é garantia de não contradição entre a liberdade de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Apresenta como fundamento da Constituição a democracia e por isso não admite qualquer tipo de restrição. Do mesmo modo, estabelece que a lei de imprensa já de antemão considera toda manifestação da liberdade como abuso do exercício. Finaliza seu voto, enaltecendo o papel da imprensa como o melhor meio para saber o que se passa em um governo. Seu posicionamento também reside em uma concepção instrumental da liberdade de expressão.

O quarto ministro a votar foi Ricardo Lewandoski. Sua decisão tentou colmatar os termos vagos e imprecisos da lei à concepção de valores que a Constituição brasileira traz, em clara tentativa de conciliação da lei à nova ordem constitucional. Quanto ao resto, acompanhou o relator.

O quinto ministro, Joaquim Barbosa, votou no sentido de assumir o caráter mais abrangente possível da liberdade de expressão em relação a agentes públicos, mas não quanto às pessoas privadas. Também entendeu ser prejudicial ao livre mercado de ideias algumas empresas jornalísticas dominarem o mercado a ponto de determinarem pontos de vistas políticos. Aduziu também que o papel da liberdade de imprensa é fundamental para a evolução da democracia. Assume o papel do Estado como árbitro sobre balizador de discursos que muitas vezes ficam prejudicados. Claramente, adota uma perspectiva instrumental da liberdade de expressão.

O sexto ministro, Cezar Peluso, se posicionou pela preocupação da Constituição brasileira em manter um equilíbrio entre os valores que adora segundo

perspectivas ideológicas. Qualquer juízo de valor sobre sua concepção de liberdade de expressão é inconclusiva, pois não houve menção a ela.

A sétima a se pronunciar foi a Ministra Ellen Gracie, que asseverou que o art. 220 da Constituição em seu texto “quer claramente enunciar” que leis que tratem sobre a liberdade de informação não podem ser vistas como empecilhos ou dificuldades ao pleno exercício de tal direito fundamental. A ministra adotou uma prática interpretativa gramatical para justificar seu voto.

O oitavo ministro a se manifestar foi Marco Aurélio, o único a divergir dos votos até então prolatados. Defendeu uma postura restritiva da Corte, ao afirmar que caberia aos representantes do povo a edição de uma lei que revogasse a lei de imprensa. Asseverou que a lei de imprensa não fere nenhum direito presente na Constituição de forma direta. Argumentou que apesar de a lei ter sido elaborada no período da ditadura militar não há invalidade de plano, nem a tornaria contrária à democracia. Marco Aurélio pugnou todo o tempo pela errônea compreensão que a lei de imprensa só poderia ser lida em um contexto antidemocrático. Em seu voto, não menciona a liberdade de expressão, nenhum de seus valores. Logo, resta inconclusiva qualquer afirmação sobre sua concepção.

O Ministro Celso de Mello, nono em proferir voto, asseverou que a liberdade de expressão goza de ampla margem de adequação em virtude de ser um dos pilares da democracia, especialmente porque, por mais duras que sejam as críticas, não podem sofrer limitações arbitrárias, especialmente de políticos, pois é graças à liberdade de imprensa que se estabelece um controle e fiscalização dos agentes públicos essencial a uma democracia. Ressalta que a liberdade de expressão representa uma projeção do direito subjetivo de se manifestar e garantir a formação do ponto de vista individual sem qualquer intervenção estatal. O Ministro adotou, assim, a concepção constitutiva da liberdade de expressão.

O ministro Gilmar Mendes advogou a tese de que a liberdade de imprensa possui como significado um direito fundamental em constante concretização, dado que não pode ser concebida como liberdade absoluta em face da censura. O Ministro realiza uma digressão histórica sobre a liberdade de imprensa, tanto no direito comparado, quanto em função das Constituições brasileiras. Divide o significado da ideia de liberdade de imprensa como sinônimo do mercado de ideias em sua livre circulação, e a segunda concepção cívica que ressalta a capacidade de deliberação pública e democrática. Esta concepção representa a tradição

americana. A tradição da Alemanha concebe a liberdade de imprensa, ora como direito subjetivo fundamental e como uma garantia institucional. O ministro Gilmar Mendes defende a regulação da liberdade de imprensa, especialmente por afirmar ser falacioso o argumento de em países de democracia desenvolvida não haver leis regulando tal direito. O ministro também considera que parte da interpretação que se faz da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos está presente no art. 220 da Constituição Brasileira, especialmente em sua “expressão textual”. Assume também o caráter instrumental da liberdade de expressão.

4.2.3 A liberdade de expressão perante o humor na lei eleitoral

A Ação Direita de Inconstitucionalidade de número 4451 suscita a leitura conforme o art. 45¹⁰⁹ inc. II e III da lei 9504 em face da Constituição Federal. A pergunta que ela realiza é a seguinte: pode programas humorísticos ridicularizar candidatos nos três meses que antecedem uma eleição ou isso seria uma afronta ao processo eleitoral em uma democracia?

O relator da ADIN 4451 foi o ministro Carlos Ayres Brito, que estabeleceu como premissa do seu voto não caber ao Estado o que pode ou não ser dito pelos seus cidadãos, a liberdade de imprensa deve gozar de ampla plenitude como ficou assentada a interpretação do art. 220 da Constituição Federal. Aduz que o propósito do art. 45 inc III da lei eleitoral apenas serve para matérias jornalísticas que tenham teor político e não humorístico. Aduz que a Constituição outorgou o direito de liberdade de imprensa para revelar a vida do Estado e da própria sociedade. Posição esta que se caracteriza como instrumentalista da liberdade de expressão.

O segundo a proferir o voto foi o Ministro Dias Toffoli, que estabeleceu como necessária a definição do que é humor, para ser considerado como humor e receber a proteção da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão. Estabelece em sua interpretação a finalidade do art. 45 da Lei Eleitoral como uma proteção à influência do poder econômico no processo eleitoral na medida de influenciar ou

¹⁰⁹ Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

interferir na espontânea consciência eleitoral. Considera que o art. 220 da Constituição é uma espécie do gênero das liberdades comunicativas, que têm sua raiz no art. 5º inc. VI, VII, VIII, IX, X. E que para a liberdade de expressão ser legitimamente restringida, tem que ser explicitada com grande carga interpretativa que justifique tal restrição. Em seu voto, aduz que o art. 45 inc. II da Lei Eleitoral não pode ser utilizado como restrição à liberdade de expressão, pois o que se proíbe são os aspectos técnicos da divulgação, a ponto de gerar inverdades sobre a imagem do candidato. Considera que o humor faz parte do jornalismo na medida em que tem caráter de notícia. Aduz que a conduta do humorista não se inclui nos verbos da lei eleitoral em questão, na verdade, este realiza outros verbos como ironizar, satirizar. Estabelece que o humor está a serviço da democracia quando revela os conflitos democráticos. Estabelece em seu voto uma concepção instrumentalista de liberdade de expressão em favor da sociedade.

A terceira em se manifestar foi a Ministra Carmen Lúcia, que enveredou pela definição semântica dos verbos presentes no art. 45 inc. II da lei eleitoral, que considera que qualquer tipo de censura é uma forma de mordaza da liberdade. No voto da ministra não fica explicitado se a concepção de liberdade de expressão oferece um esclarecimento sobre uma versão instrumental ou constitutiva.

O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto também enveredou pela definição semântica dos verbos do art. 45 inc II da lei eleitoral, especialmente sobre o sentido do verbo ridicularizar. Essa foi sua maior preocupação ao longo do voto, não estabelecendo uma relação com a liberdade de expressão.

O Ministro Gilmar Mendes se posiciona conforme a interpretação feita na ADPF 130, que estabeleceu o sentido do art. 220 da Constituição, para que nenhuma lei seja considerada como empecilho à liberdade de expressão. Praticamente faz uma reiteração do seu voto da ADPF 130.

O Ministro Marco Aurélio se posiciona analisando os processos eleitorais que a lei eleitoral regulou à presente data, sem nunca ter gerado qualquer óbice à liberdade de imprensa. Mesmo assim, considera que o art. 45, inc II pode gerar óbices a tal liberdade. Não estabelece em seu voto o papel da liberdade de expressão, apresenta apenas uma interpretação gramatical dos vocábulos da lei e da Carta Magna.

O ministro Cezar Peluso reconheceu o caráter de restrição à liberdade da lei eleitoral, mas também estabeleceu o esclarecimento semântico dos verbos do art.

45 inc. II da lei eleitoral que não se coadunam com as ações que realizam os programas humorísticos. Estabelece que a função de tais programas é despertar o caráter crítico em função das metáforas, facilitando o bom funcionamento da sociedade, o que caracteriza um critério instrumental de liberdade de expressão.

4.2.4 A liberdade de expressão perante a autorização de biografias

A autorização de biografias estabelece um confronto entre os artigos 20 e 21 do código civil em face dos artigos 5º inc IX e seguintes da Constituição Federal Brasileira. O caso suscita a seguinte pergunta: a publicação e veiculação de obras biográficas dependem da autorização dos biografados, se assim o for tal autorização se constitui como uma censura?

A relatora do caso em questão foi a Ministra Carmen Lúcia, em que estabeleceu como questão principal a interpretação dos artigos do código civil e não a sua validade. Reafirma a posição já estabelecida no art. 220 da Constituição Federal em virtude do caráter pleno e livre da imprensa. Leva em consideração não só o fato da autorização, mas também a adequação quanto à natureza da pessoa ter caráter público em suas ações e não simplesmente a sua privacidade. A eminente Ministra realiza como critério de interpretação do caso a finalidade do direito nos moldes de Jhering, a partir de uma citação de Carlos Maximiliano. Estabelece também que o julgamento é sobre o direito à palavra e à liberdade de expressá-la. Concebe que a liberdade de expressão prevista na constituição apresenta como núcleo duro principiológico essencial à vivência humana a comunicação em sociedade. Ademais, acrescenta que o dizer é essencial à detenção de direitos; sem poder se expressar, nada é passível de proteção pelo direito. Por isso se posiciona como contrária à necessidade de autorização dos biografados para publicação de suas histórias. Ao reafirmar o entendimento sobre o a art. 220, a Ministra corrobora a visão instrumentalista da liberdade de expressão.

O Ministro Luís Roberto Barroso estabelece uma interpretação gramatical do art. 20 e 21 do Código Civil. Estabelece um duplo sentido para a liberdade de expressão em que, por uma parte, protege a criação intelectual, e de outra, no interesse de receber informações da sociedade na proteção da memória e da história nacionais. Enaltece sua tese de que a liberdade de expressão deve ser um direito preferencial e o Supremo enquanto guardião da liberdade de expressão se

coloca como seu defensor. Ademais, em sua leitura da liberdade de expressão, o critério de adequação do texto ao caso concreto necessita de razões que demonstrem a necessidade de seu afastamento, do contrário deve prevalecer de antemão. Aduz em corroboração a sua justificativa que a liberdade de expressão, por ter sido profundamente restringida na história do Brasil, precisa em todos os casos ser afirmada e reafirmada. Além disso, a liberdade de expressão pode ser um pressuposto democrático como também o exercício dos direitos fundamentais. Neste aspecto, pensa a liberdade de expressão em função da coletividade, logo adota a tese instrumentalista.

A Ministra Rosa Weber entende que controlar biografias é, na verdade, um controle sobre a história e a vida que tenta apagar o vir à luz a história e a própria memória. Adota a visão da ADPF 130 como critério de leitura da liberdade de expressão em seu art. 220 da Magna Carta. Considera que a necessidade de autorização das obras biográficas é uma forma de fazer valer o espírito retrógrado da censura expurgado pela Constituição. Leva em consideração que o caráter complementar da liberdade de expressão e do direito de privacidade são, na verdade, diferentes dimensões da personalidade humana. Nesta quadra, considera que não pode haver necessidade de autorização, pois o direito à privacidade não se adequa a proibir a publicação de assuntos de interesse geral ou público. Neste sentido, a Ministra adota a tese instrumentalista como meio de garantia do bom funcionamento da sociedade.

O ministro Luís Fux defende a tese de que as pessoas biografadas, por terem a qualidade de ser pessoas públicas, não podem por meio de autorização obstar a proteção à comunicação social. Ademais, acredita que o legislador nos art. 20 e 21, assim como a conclusão do Ministro Barroso, ponderou mal por não proteger a liberdade de expressão. O eminente Ministro tem por compreensão que a proteção da liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, se faz essencial em um estado democrático de direito, para seu bom funcionamento, o que induz à tese instrumentalista da liberdade de expressão.

O ministro Dias Toffoli proferiu seu voto estabelecendo uma análise semântica dos artigos 20 e 21 do código civil, para depois reafirmar a tese vencedora do art. 220 da Carta Federal, para estabelecer a impossibilidade dos artigos 20 e 21 condicionar a edição ou publicação de alguma biografia. Concebe a liberdade de expressão como reforço de uma sociedade democrática e que também

protege cidadãos das ações do próprio Estado. Neste sentido, adere à tese instrumentalista da liberdade de expressão.

O Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto analisando a jurisprudência americana sobre a liberdade de expressão, inclusive quando a Suprema Corte americana aduziu a tese do perigo iminente. Ressalta a tese da livre circulação de ideias que a liberdade de expressão viabiliza. Estabelece que eventual conflito entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade se resolve pela natureza da matéria a ser informada, caso tenha inequívoco caráter público. O ministro se posiciona contrário à autorização para publicação de biografias. Ademais, utilizou a tese instrumentalista da liberdade de expressão.

Em seguida se manifestou o Ministro Marco Aurélio, que confessou ter a prática de, atuando como vogal, estar presente nas sessões e ouvir o Relator(a) e só depois formar as convicções a respeito. O Ministro faz uma digressão sobre as manchetes do dia sobre o caso e estabelece uma antítese entre o interesse coletivo e o individual ante tantos exemplos trazidos. E acompanha a relatora integralmente.

O Ministro Celso de Mello proferiu voto no sentido de estabelecer a garantia contramajoritária da liberdade de expressão, mesmo que uma ideia seja considerada errada por alguns na sociedade. Ainda assim, não exige pré-requisito de autorização para a sua veiculação. Ressaltou que a única restrição à liberdade de expressão é o discurso do ódio. Seguiu seu entendimento sobre a tese constitutiva da liberdade de expressão.

Por último, o Ministro Ricardo Lewandowski começou seu voto enaltecendo a visão de John Stuart Mill sobre a liberdade de expressão. Aduz a tese de que para os males da liberdade de expressão só mais liberdade é o único remédio possível, desde que exercida com responsabilidade e não tenha caráter absoluto. No mais, referendou o entendimento da relatora.

4.2.5 A liberdade de expressão em face do debate de descriminalização da maconha

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 187 trata da liberdade de expressão e do direito de reunião em praça pública. O conflito de interpretações sobre o art. 287 (Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime) acontece da seguinte forma: a liberdade de expressão do modo

como decidida pelo Legislador Constituinte abrange ou não a discussão em praça pública sobre a descriminalização de um entorpecente?

O seu relator foi o Ministro Celso de Mello, que aderiu à leitura moral da Constituição, segundo Ronald Dworkin, e estabeleceu a tese constitutiva da liberdade de expressão em seu exercício contramajoritário. Seu posicionamento, em face do texto do art. 287 perante a Constituição federal, é construído segundo o argumento de que o debate e a proposta de descriminalização de um entorpecente em nada induzem à adequação do verbo fazer apologia ao crime, em que há incitação à prática delitiva.

O Ministro Luís Fux considera que a ADPF 187 é, na verdade, um caso sobre um razoável desacordo moral, que leva em consideração os lados dos que admitem e dos que são contrários à marcha. Delineia sua prática interpretativa em função da perspectiva minimalista baseada em Cass Sustein. Nesta perspectiva minimalista, o eminente Ministro circunscreve-se ao debate em praça pública, não adentra no mérito de como devem existir parâmetros jurídicos para a delicada questão do consumo de drogas. Ademais, aduz que não vê a inconstitucionalidade em tese do art. 287 do código penal, em virtude de que sua finalidade reside na exaltação e elogio de condutas delituosas. Assim, a mera emissão de uma opinião não pode ser considerada dentro do âmbito normativo do referido artigo. Ademais, ressalta o multifacetado papel da liberdade de expressão no livre mercado de ideias, na realização pessoal do indivíduo, mecanismo de controle social, válvula de escape social em face de discursos de ódio. Em seguida, visa estabelecer pré-requisitos para o direito de reunião em praça pública, já que o consumo do entorpecente maconha mesmo durante tal marcha é considerado crime e não mera expressão do pensamento. Assim sendo, considera que menores não deveriam participar de tal marcha. Mesmo adotando uma prática interpretativa minimalista, torna-se extremamente proativo ao estabelecer condições para a marcha da maconha. Neste sentido, adota a tese instrumentalista da liberdade de expressão.

A Ministra Carmen Lúcia vota com o relator, ressaltando a importância da praça pública, que foi negada a sua geração durante a década de setenta. Adota a tese constitutiva com base em João Barbalho, da qual a liberdade de expressão assegura a atividade individual e uma excessiva legislação acarretaria a própria negação desta condição.

Em relação ao Ministro Lewandowski, seu voto enaltece os elementos da liberdade de reunião trazidos pelo ministro Celso de Mello, realiza uma digressão histórica da liberdade de expressão nas constituições francesa e americana. No voto do ministro, ele não se posiciona sobre o papel da liberdade de expressão ser constitutiva ou instrumental.

O Ministro Ayres Brito ressalta o caráter de direito subjetivo a todos da liberdade de expressão, que, em seu dizer, “numa linguagem kelseniana”, a norma tem um âmbito pessoal de grande incidência. Colaciona ao seu voto uma jurisprudência da Suprema Corte Americana que permite o discurso do ódio sob o manto da liberdade de expressão. O eminente ministro estabelece a perspectiva individual da liberdade de expressão aderindo à tese constitutiva.

A ministra Ellen Gracie acompanhou integralmente o relator, o que a fez aderir à tese constitutiva da liberdade de expressão.

Ministro Marco Aurélio defendeu a concepção da liberdade de expressão como garantia de realização pessoal e demarcação do campo da individualidade do indivíduo. Adotou também uma concepção procedimental do direito de reunião para viabilizar a liberdade de expressão.

O último a votar foi o Ministro Cezar Peluso, que pontuou a democracia como um fator relevante e do resguardo da democracia como garantia do pluralismo ideológico. A liberdade de expressão seria emanação do direito à dignidade da pessoa humana como fator de formação e desenvolvimento da democracia. Sua concepção de liberdade de expressão é de cunho instrumental.

4.3 Conclusões parciais sobre a análise da jurisprudência

Foram analisados aproximadamente quarenta e cinco votos em cinco casos que envolveram a liberdade de expressão. Em quatro dos casos envolvidos venceu a tese instrumental da liberdade de expressão. Os únicos que sustentaram a tese constitutiva da liberdade de expressão foram os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Seus posicionamentos foram externados no caso Ellwanger e na Marcha da Maconha.

O caráter especial da ADPF 187 reside no fato de que foi a única vez que a tese constitutiva da liberdade de expressão ganhou por cinco votos a dois. A tese constitutiva ressalta o poder de escolha do indivíduo enquanto cidadão de formar a

sua própria opinião. Em todos os outros julgamentos, a tese instrumental que coloca o Supremo Tribunal Federal como balizador dos discursos da liberdade de expressão venceu. Tal tese coloca única e exclusivamente o Supremo como Guardião da liberdade de expressão. Ele é quem decide se os discursos estão albergados pelo manto da liberdade de expressão, desde que esses fomentem mais liberdade e o bom funcionamento da democracia.

A vitória da tese instrumental em quatro casos paradigmáticos da liberdade de expressão em face indica que o Supremo assume uma postura proativa em termos de determinar o que está ou não sob o manto da liberdade de expressão. O que de fato pode ser um indicador de uma postura ativista. Diz-se indicador, porque o ativismo judicial, como foi retratado, não é um conceito ainda suficientemente refinado para estabelecer com exatidão o quanto de ativismo existe em uma decisão. Some-se à análise, apenas ressaltou um ponto sobre o ativismo judicial que foi a validade do critério de leitura de um texto baseado na integridade e coerência das decisões, que só pode ser feito a partir do próprio Direito.

Todavia, do ponto de vista do critério aqui desenvolvido em função da coerência e integridade das interpretações, a ADPF 187 se mostra de certa forma incoerente com o que se vinha decidindo, mas, ao mesmo tempo, é ajustada à realidade social como critério de integridade para tratar todos com igual consideração e respeito na medida de sua individualidade. Todavia, a decisão sobre o caso Ellwanger tem se mostrado incoerente com o desenvolvimento da tese instrumentalista adotada pelo Supremo, ainda que sem integridade, por não ter sido tratado o caso de forma igual, com as necessidades da autonomia individual das escolhas de um ponto de vista, ainda que desconfortável para a sociedade, pois o critério instrumental se mostra mais adequado às perspectivas de casos que envolvem o poder público, e a esfera privada se relaciona com a perspectiva constitutiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dissertação teve como ponto de partida a pergunta: o que faz ser uma decisão jurídica ativista? O meio para responder a esta pergunta foi necessário, primeiro, saber como se constitui uma decisão jurídica. Uma decisão jurídica se faz mediante afirmações desenvolvidas em práticas interpretativas das Escolas Hermenêuticas analisadas no segundo capítulo. O estudo das práticas interpretativas, ao longo de sua formação na história, feita no referido capítulo, no modo como foram concebidas, representam todas elas um meio de estabelecer uma leitura e desenvolver afirmações válidas sobre o que é o Direito.

A historicidade da análise das Escolas de Interpretação, diante de suas contribuições e limitações, foi guiada por duas ideias, que ao mesmo tempo estabeleceu uma resposta a duas perguntas: como o direito decorre de textos jurídicos (como é possível estabelecer afirmações válidas sobre o que está escrito em textos jurídicos) e de que forma ocorreu o modo como o Direito se adaptou as realidades que lhe foram confrontadas ao longo do tempo. Cada teoria da interpretação desenvolvida pelas Escolas Hermenêuticas foi também uma tentativa de adaptar o direito às necessidades de seu tempo. Uma vez estabelecida a premissa de como se constitui uma decisão jurídica, percebeu-se que no estudo das Escolas de Hermenêutica Jurídica a interpretação era tratada dando continuidade a alguns elementos interpretativos de suas práticas, o que representou uma constância da tradição no modo de conceber a interpretação, tornando possível o estabelecimento de uma vigência de sentido, esta tida como uma continuidade e estabilização do modo de tratar as práticas interpretativas, as quais, para se sustentarem, deveriam apresentar critérios de validade de sua leitura. Revelou-se que o problema da validade do Direito segue sendo discutido há mais tempo do que se imaginava, como também o problema da validade do Direito é o modo como se conhece o fundamento e o sentido de ser do Direito.

Ao analisar a judicialização da política, no intuito de estabelecer uma definição e os fatores que a geram, tais como ampliação da competência dos tribunais constitucionais, presidencialismo de coalizão, analiticidade da Constituição, relação Governo e oposição, discussão de políticas públicas, foi possível afirmar que a judicialização é o modo como o direito se adaptou e se apresenta diante das vicissitudes sociais do presente. Já em relação ao problema de como estabelecer enunciados assertivos sobre o Direito, ou seja, a validade do Direito, se percebeu que os problemas de interpretação das escolas de Hermenêutica Jurídica foram

transferidos para como as cortes constitucionais constroem seus posicionamentos interpretativos, e a descontinuidade da história institucional ou o desvio de critérios de decidibilidade jurídicos se transformou na atualidade em um debate sobre o ativismo judicial, uma vez que, diante da historicidade do relacionamento entre Direito, Moral e Política, cobrava-se do direito a necessidade de sua autonomia como critério de reforço da legitimidade, novo elemento da interpretação jurídica para garantir que erros do passado não fossem mais cometidos, tais como os da Segunda Guerra Mundial. Toda vez que a legitimidade fosse desconsiderada e o direito admitisse uma correção moral ou política, chegou-se à conclusão de que esta característica é que faz uma decisão ser considerada ativista.

quanto à análise desenvolvida dos casos jurídicos que envolvem a liberdade de expressão no STF, comparando o critério de leitura da liberdade de expressão em tais casos em face da ADPF 187, observou-se a possibilidade de ocorrência do ativismo judicial. A análise foi desenvolvida a partir do critério de fundamento jurídico da decisão presente nos artigos 93, inc X da Constituição Federal e art. 926 do código de processo civil brasileiro. A análise desempenhada tratou apenas de identificar possíveis e efetivas práticas interpretativas e os pressupostos de leitura que delinearam a concepção de liberdade de expressão adotada nos casos relevantes do Supremo Tribunal Federal. Tal critério revelou-se de extrema valia para avaliar não só a validade de uma interpretação, mas também a construção interpretativa do Supremo. Especialmente, quando identificou a tese instrumental da liberdade de expressão como vencedora na maioria dos casos paradigmáticos de tal direito fundamental. E assim, se pensa ter cumprido o objetivo da investigação em criar um critério de análise das decisões judiciais.

Toda a investigação foi feita com base no método fenomenológico heideggeriano, na medida em que estabeleceu um critério de uso, baseado no como hermenêutico das teorias trazidas ao trabalho. Tal critério foi trabalhado do ponto de vista ontológico, que procurou identificar as razões pelas quais se sustenta a multiplicidade de visões, atendendo a diferença entre o ôntico e o ontológico.

A abordagem ontológica indaga que o ser-assim é viabilizado por meio dos passos do método fenomenológico, a saber: 1) redução fenomenológica, que promove o deslocamento da perspectiva do ente em direção ao ser; 2) desconstrução dos conceitos tradicionais que promovem encobrimentos nos fenômenos; 3) a construção se mostra como uma apropriação do que ficou

esquecido em que se sequencia o acesso ao ser e à definição dos seus modos-de-ser a partir do ente.

O método fenomenológico apresentou três elementos: o primeiro é a redução a partir “como hermenêutico”; o segundo, a destruição que estabelece a diferença ontológica; e o terceiro é a construção, uma apropriação positiva do passado, a revisão dos prejuízos legados pela tradição. No segundo capítulo, buscaram-se as origens das práticas interpretativas do Direito com base em dois aspectos, sendo o primeiro em como os direitos derivam dos textos e o segundo na capacidade de adaptação da vida. Empreendeu-se uma tentativa de construir um caminho partindo da compreensão do que disse a tradição e o que se faz do sentido e do significado da interpretação do texto. Para isso, analisou-se o modo como cada Escola da Hermenêutica Jurídica construiu seu modo de realizar afirmações sobre o Direito.

No juízo de validade reside o mais importante elemento de autonomia do critério que serve de interpretação para lidar com o Direito. A abordagem que se faz do ativismo judicial em seu âmbito interpretativo, avalia posicionamentos interpretativos a partir dos pressupostos interpretativos do que se interpreta. A análise das práticas interpretativas e as discussões envolvidas ao longo do tempo de sua formação e utilização culminam em uma rediscussão no âmbito do ativismo judicial, em face do papel das cortes e de seu agir interpretativo.

O problema da validade das interpretações passou da defesa de um conceito do Direito como critério de leitura para o próprio papel interpretativo desempenhado em um tribunal. Os posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal foram avaliados nos casos trazidos para análise com base no artigo art. 93, inc IX da Constituição federal como meio de estabelecer um controle das decisões judiciais, que para ser efetivo deve cobrar da intersubjetividade os parâmetros interpretativos, e no art. 926 do código de processo civil, como critério de validade das interpretações no direito brasileiro. Sua tese se baseia em critérios de coerência e integridade provenientes da obra de Ronald Dworkin. Adotou-se Dworkin como parâmetro, pois tal teoria foi adotada pelo ordenamento pátrio e seus critérios e pressupostos de interpretação não possuem fundamento metafísico nem fora do âmbito jurídico. Neste ponto, o ativismo judicial é caracterizado a partir do sempre constante problema da indeterminação do direito e posicionamentos são adotados para avaliar o nível de discricionariedade interpretativa que é perpetrado

em uma decisão jurídica. Assume-se este posicionamento, pois parte-se da ideia de que compreendemos para interpretar, localizada dentro do giro hermenêutico, e ao compreender que todo comportamento humano é viabilizado a partir de um posicionamento interpretativo, a utilização do método fenomenológico heideggeriano volta-se para a busca dos pressupostos que informam e conformam o sentido da interpretação a ser adotado.

A análise do critério de leitura da liberdade de expressão adotada na ADPF 187 marcha da maconha e a validade da interpretação foram realizadas comparando os seguintes casos: 1) O caso Ellwanger; 2) ADPF 130, que tratou da censura prévia da lei de imprensa; 3) ADin 4451, que versou sobre a liberdade de expressão perante o humor na lei eleitoral; 4) A liberdade de expressão perante a autorização de biografias. Estes casos trazidos serviram como parâmetro de avaliação da compreensão da liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal, ora em face do critério instrumental de Owen Fiss, ora em função da compreensão da concepção constitutiva, com base em Ronald Dworkin. A adoção da primeira concepção importa que a liberdade de expressão contribui para o melhor funcionamento da liberdade de expressão, como consequência, a concepção instrumentalista transforma o Supremo Tribunal Federal em um árbitro que baliza o quanto de discurso pode circular em uma sociedade, para assuntos que envolvam os poderes públicos, e é a concepção mais adequada de leitura. A concepção constitutiva da liberdade de expressão lega ao indivíduo a capacidade de escolha sobre o que quer ou não ouvir em uma sociedade, para assuntos que envolvam o indivíduo e seus próprios pontos de vista, mostra-se como a melhor a ser defendida. A única vez que o STF adotou a concepção constitutiva da liberdade de expressão foi no caso da Marcha da Maconha, ao defender a concepção instrumentalista até para assuntos que não se relacionam com o poder público, como no caso do Sr. Ellwanger, violando a integridade de suas interpretações e revelando uma postura proativa, de modo a se tornar um balizador de discursos em sociedade. Por estes posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de sua postura proativa na baliza de discursos e na falta de critérios íntegros e coerentes, sustenta-se o ativismo judicial de sua interpretação e, por conseguinte, a verificação da hipótese.

O direito como integridade é uma exigência de que sejamos tratados com igual consideração e respeito em situações sociais semelhantes. Para isso acontecer, é necessário estar ciente dos pressupostos de nossas próprias

interpretações e da validade de nossas afirmações que é exigida diante de considerações igualmente justas. A pergunta de partida é, na verdade, uma grande crítica à falta de preocupação da comunidade jurídica com um critério adequado da validade das proposições que assentam uma interpretação realizada, seja na jurisprudência ou na doutrina. Para alcançar o objetivo deste trabalho, qual seja, identificar nas práticas interpretativas critérios de avaliação para análise de uma decisão jurídica, foi necessário considerar cada teoria da interpretação das Escolas de Hermenêutica Jurídica como uma tentativa da melhor leitura possível sobre o direito, o que, na verdade, levou o trabalho a considerar cada teoria da interpretação como um critério de validade sobre afirmações que podem ser feitas em uma interpretação. Essa mesma discussão foi considerada diante de um conceito altamente contestado, como o de ativismo judicial, que recebe as mais diversas definições e usos, especialmente quando reaproveita pressupostos já adotados nas Escolas da Hermenêutica Jurídica.

Todo este trabalho e a construção da defesa dos pontos de vista presentes nele se apoiam em considerações que se sustentam mutuamente. O esforço e desiderato do estudo visou desvelar o sentido da interpretação fruto de um processo compreensivo que visa tornar evidente os pré-juízos de quem interpreta. Boa parte das posições assumidas pela doutrina e jurisprudência não revela o pressuposto de suas interpretações e as consequências de tal postura. A maioria das decisões e interpretações na seara do Direito não esclarece os critérios de leitura que viabilizam uma interpretação. A sustentação de pontos de vista interpretativos sem o esclarecimento dos pré-juízos que o sustentam é o primeiro passo para manipulações interpretativas e a quebra de parâmetros de validade do Direito. Não foi por outra razão que se utilizou o método fenomenológico Heideggeriano para colocar a descoberto todos os pressupostos das teorias da interpretação jurídica. Todo estudioso do Direito que tenha valor deve saber as razões pelas quais suas proposições podem ser consideradas verdadeiras. Do contrário, se estará dando continuidade ao esquecimento do ser, no mundo do Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p.5-34, 1988.

ALEXY, Robert. Justicia como corrección. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 26, p.161-173, dez. 2003.

AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frederic. **Cours de Droit Civil Français: d'après la méthode de Zachariae**. Paris: Macharl et Billard, 1869.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BERLIN, Isaiah. **The hedgehog and the fox: An essay on tolstoy's view of history**. London: Orion Books, 2011.

BLANC, Mafalda de Faria. **Introdução à Ontologia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BENVINDO, Juliano Zainden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. New York: Springer, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Acessível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 fev. 2017.

BONNECASE, Julien. **La escuela de la Exegesis en Derecho Civil**. Puebla: José M. Cajica, 1944.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3937. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, UF, 04 de junho de 2008. **Dje-192**. Brasília, 09 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>. Acesso em: 01/02/2017

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial Activism. **Judicature**, Michigan, v. 66, n. 6, p.237-247, dez. 1983.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

COHN, Margit; KREMNITZER, Moderchai. Judicial Activism: a multidimensional Model. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. Ontario, p. 333-356. jul. 2005.

COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

COMPENDEI, 18, 2009, São Paulo. **O julgamento Discricionário na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções de atienza e Alexy**. São Paulo: Conpendi, 2009. 9 p. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/06_1219.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017.

CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. São Paulo: EPU editora pedagógica e universitária Ltda, 1973.

DAHL, Robert A.. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, abr. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954/6820>>. Acesso em: 14 Fev. 2017.

DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoléon**. Paris: Durand, 1867.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Contenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Interpretation, Morality and Truth**. Inédito sem publicação.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGISCH, Karl. **La Idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada: Editorial Comares, 2004.

ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

FERNANDÉZ, Tomás-Ramon. **Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial**. Madrid: Editorial Iustel, 2005.

FIGAL, Günter. **Fenomenologia da Liberdade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FISH, Stanley. Fish v. Fiss. **Mississippi College Law Review**, Mississippi, p. 1-25. 01 jun. 1984. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1228671>. Acesso em: 14 fev. 2017.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro. Renovar. 2005

GADAMER, Hans Georg. **Verdad y Método I**. Salamanca: Ediciones Sigueme, 2007.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Reus, 1902.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. Impera el derecho sobre la política? **La Política: Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad**, Barcelona, n. 4, p.5-23, out. 1998.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

HEIDEGGER, Martin. **A essência do Fundamento**. Lisboa: Edições 70, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Caminhos da Floresta**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Conceptos Fundamentales**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Identidad y diferencia**. Barcelona: Editorial Anthrpos, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Lógica la pregunta por la verdad**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: Hermenêutica da faticidade. Petrópolis: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Os problemas fundamentais da fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.

- HEIDEGGER, Martin. **Platão: o sofista**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- HEIDEGGER, Martin. **Prolegomenos para uma historia do concepto del tiempo**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- HIERRO, Liborio L.. **El realismo juridico escandinavo: Una teoría empirista del derecho**. Madrid: Iustel, 2009.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 14 Fev. 2017.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalismo**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HOLMES, Oliver Wendell. **La senda del Derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959.
- IHDE, Don. **Hermeneutic Phenomenology: The Philosophy of Paul Ricoeur**. Evanston: Northwestern University, 1971.
- JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- JHERING, Rudolph Von. **El espíritu del derecho romano em las diversas fases de su desarrollo**. Granada: Editorial Comares, 2011.
- JHERING, Rudolf von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.
- JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do paradoxo da jurisdição constitucional. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, v. 165, n. 42, p.25-32, jan, 2005.
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del Derecho. In: SAVIGNY, Friedrich Karl von; et al. **La ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949. p. 332-371. p. 343.
- KANTOROWICZ, Hermann. Legal Science - a summary of its methodology. *Columbia Law Review*, Columbia, v. 28, n. 6, p.679-707, jun. 1928.
- KANTOROWICZ, Hermann. Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 43, n. 8, p.1240-1253, jun. 1934.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del Derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

KELSEN. Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho**. Madrid: Editorial Reus, 2011.

KELSEN. Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins fontes, 2005.

KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2000.

KMIEC, Keenan D.. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, p.1441-1477, dez. 2004.

LARENZ, Karl. **La filosofía contemporânea del derecho y del Estado**. Madrid: Editorial Reus, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University Press, 2009.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Teoría del derecho una concepción de la experiencia jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos. 2006.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Lisboa: Almedina, 2004.

MARSHALL, William P. Conservative and the Seven Sins of Judicial Activism. **University Of Colorado Law Review**, Colorado, v. 73, n. 1, p.101-140, 1 dez. 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. **Novos Estudos Cebrap**, Brasília, n. 58, p.183-202, nov. 2000.

MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: As ADINS dos partidos políticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p.31-50, set 2004.

MELLO, Celso de. **Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil**. 23/04/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf&usg=AFQjCNEsVe8DMRxxS-AdLK6oQ1PxfcNuSw&sig2=HSBc9D2uKMkM_jzikStjhg>. Acesso em: 17 fev. 2017.

MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa: da queda da Bastilha à festa da federação**. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Portugal: Edições 70, 1999.

PROUDHON, Jean Baptiste Victor. Cours de droit français. Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon. Paris: Bernard-defay (dijon), 1809.

PUCHTA, Georg Friedrich. **Corso delle Istituzioni**. Napole: Tipografia All'Insegna del Diogene, 1854, p. 3.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação Jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia a metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von; KIRCHMANN; ZITELMANN. **La ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **La Escuela Histórica del Derecho**: documentos para su estudio. Madrid: Librería General de Victoriano Suares, 1908.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora, 1878.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 1, p.158-173, abr. 2010.

STRECK, Lênio Luis. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p.2-37, dez. 2011.

STRECK, Lenio. Martin Heidegger. In: Dicionário de Filosofia do Direito. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. La expansión de la hermenéutica filosófica en el Derecho. **Doxa: Cuardenos de Filosofia del Derecho**, Madrid, v. 32, p.217-233, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 141.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based Constitutional Theories. **The Yale Law Journal**. New Haven, p. 1063-1080. maio 1980.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2007.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Ativismo Judicial na Dêbacle do Sistema Político: sobre uma Hermenêutica da Crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 751-772, ago. 2016. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>>. Acesso em: 15 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369422912>.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 68.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle Pandette**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.

WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens**. Amsterdam: Rey, 1758.

VASCONCELLOS, Marcos de. "**Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar**". 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 226.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito Gv**, São Paulo, n. 8, p.441-463, dez. 2008. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-08_6_441_464_supremocracia_oscar_vilhena_vieira.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón Jurídica** e interpretación. Navarra: Editorial Arazandi, 2004.

ZACCARIA, Giuseppe & Francesco Viola. **Derecho e interpretación**: Elementos de teoría hermenéutica del derecho. Madrid: Editorial Dykinson, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.