

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL: BREVE BALANÇO CRÍTICO

THE INTERPRETATION OF CONSTITUTION IN BRAZIL: BRIEF CRITICAL BALANCE

Lenio Luiz Streck¹

RESUMO

As presentes reflexões se propõem a analisar o fenômeno da interpretação da Constituição no Brasil no momento em que celebramos um quarto de século de constitucionalismo democrático no país. Nesse contexto, o artigo procura problematizar o modo como a dogmática jurídica brasileira articula teorias e técnicas interpretativas oriundas de outras realidades constitucionais. Constata-se, assim, que do ponto de vista interpretativo, o pensamento jurídico brasileiro acabou por operar três recepções equivocadas referentes a paradigmas interpretativos que serviriam, pretensamente, para dar concretização ao projeto constitucional. Nesse sentido, destacam-se três: o ativismo judicial, a fórmula da ponderação e a jurisprudência dos valores. Depois de uma crítica pormenorizada de cada uma dessas recepções equivocadas, procede-se a uma apresentação, em linhas gerais, daquilo que seria uma teoria da interpretação adequada aos postulados de concretização da Constituição.

Palavras-chave: Interpretação da Constituição. Ativismo judicial. Ponderação. Jurisprudência dos valores.

ABSTRACT

These reflections are intended to analyze the phenomenon of interpretation of the Constitution in Brazil at the time when we celebrate a quarter century of democratic constitutionalism in the country. In this context the paper aims to discuss how the Brazilian legal doctrine articulated theories and interpretive techniques derived from other constitutional realities. It appears therefore that the interpretive point of view the Brazilian legal thought eventually operate three receptions mistakes regarding interpretive paradigms that serve allegedly to give embodiment to the constitutional project. In this sense three stand out: judicial activism, the formula for weighting and the values and jurisprudence. After a detailed review of each of these mistakes receptions we present a presentation what would be an adequate theory of the postulates of the Constitution embodiment interpretation.

Keywords: Interpretation of the Constitution. Judicial activism. Weighting. Jurisprudence of values.

¹ Doutor em Direito do Estado (UFSC); Pós-Doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor Titular da UNISINOS-RS; Procurador de Justiça-RS.

1 INTRODUÇÃO: O BRASIL E A CONSTITUIÇÃO: UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO

Em um livro autobiográfico, Celso Furtado – um dos intelectuais brasileiros mais influentes da segunda metade do século passado – aponta para uma especial peculiaridade no que diz respeito à dinâmica das forças políticas no interior da sociedade brasileira. Para ele era fácil perceber a maneira como, no Brasil, todo processo de mudança político-social é lento². Isso significa que, de um modo geral, o campo político-jurídico brasileiro não é dado a rupturas radicais que permitam uma alteração significativa das estruturas sociais. Veja-se, por exemplo, o advento do golpe militar que em 1964 instalou no país um regime ditatorial que prevaleceu como forma de governo por longos vinte anos. Com precisão, Celso Furtado relata que, já nos primeiros passos do regime militar, era possível prever que a nova realidade que seguia sua edificação (de total descrédito aos direitos individuais) não seria revertida com ações a curto prazo. Isto porque, a tomada do Poder pelos militares não se deu de maneira “improvisada”. Pelo contrário, por trás dos atos que se desencadearam a partir de 1964, estavam dez anos de conspiração que se arrastava no tempo desde o suicídio do presidente Getúlio Vargas em 1954. Em conclusão: se os militares, que dispunham de amplos meios de ação, inclusive ajuda externa, necessitaram de dez anos para tomar o poder, não era possível imaginar que em menor prazo a situação poderia ser revertida. E assim foi! A Ditadura Militar se protraiu no tempo permanecendo intacta por duas décadas, até que a abertura política – já na década de 1980 – e os movimentos sociais para o restabelecimento de um regime democrático, culminassem com a promulgação de uma nova Constituição.

Sem embargo do que representou para evolução política brasileira a promulgação da Constituição de 1988, não é possível afirmar, ainda, que o projeto de sociedade por ela estabelecido, tenha encontrado espaço para sua concretização. Em verdade sofre ela daquela patologia inerente às mudanças sociais e políticas operadas no Brasil de que fala Celso Furtado. É certo que, tal qual o golpe militar, a Constituição é também proveniente de um processo de maturação que durou pelo menos uma década. Surgiu em meio a um sentimento que apontava para a necessidade de um novo pacto social que viesse em substituição ao já

esgotado paradigma desenvolvimentista que havia governado o Brasil durante o “milagre” econômico³. Contudo, passadas mais de duas décadas desde sua promulgação, ainda não é possível sentir seus efeitos. Diferentemente do que ocorrera em relação ao regime militar que, depois de anos de preparação antes da tomada do Poder, fixou-se de maneira categórica durante as décadas de sessenta e setenta, o novo regramento constitucional, de cunho socializante e portador das necessárias medidas de base para transformação da sociedade brasileira, não deu sinais de concretização nem mesmo nos primeiros momentos de respiração dos ares democráticos.

Muito desse problema envolvendo a (não)concretização da Constituição deve ser debitado aos equívocos e confusões em que imergiram a jurisprudência e a doutrina ao lidar com o novo texto, editado em 1988. É possível afirmar que, diante da inovação representada pela Constituição, o *establishment* jurídico continuou a operar com o velho modelo interpretativo que sempre imperou no Brasil.

Com efeito, inspirado no movimento constitucionalista edificado pelas Constituições Européias do segundo pós-guerra, o constitucionalismo brasileiro concebeu uma Constituição rica em direitos (inclusive contendo, expressamente, um extenso rol de direitos sociais) que apontavam para uma verdadeira “refundação” de um país historicamente excludente e centralizador.⁴

Esse olhar em direção às Constituições Européias foi efetuado porque estas traziam consigo a similitude histórica de terem sido igualmente cunhadas para reverter os funestos efeitos advindos de regimes totalitários como o nazismo na Alemanha e o facismo na Itália, além de oferecer uma resposta também para outras ditaduras como é o caso do salazarismo em Portugal e do franquismo na Espanha. Assim, as Constituições da Itália de 1948, da Alemanha 1949, de Portugal em 1976 e da Espanha de 1978 representam, em conjunto, a radicalização da noção de dirigismo constitucional e instituem o Estado

² Cf. FURTADO, Celso. **Os ares do mundo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 21.

³ O “milagre econômico” foi um modelo de gestão econômica defendido pelo governo brasileiro ao tempo do regime ditatorial-militar. A tese desse “milagre” era extremamente simples: “primeiro é preciso fazer o bolo crescer, para depois dividi-lo”; ou ainda, numa frase famosa à época, “os ricos devem ficar cada vez mais ricos, para que os pobres possam se tornar cada vez menos pobres”. Esse tipo de postura estava assentada num ideal desenvolvimentista que pregava a idéia de que o subdesenvolvimento (condição que acomete aos países da periferia do capitalismo) era simplesmente um estágio pelo qual as nações deveriam passar para se chegar ao pleno desenvolvimento.

Democrático de Direito como modelo de Estado apto a contornar os problemas legados pelos anos de vivência em regimes de exceção. O movimento que inspira todas estas Constituições tem ainda, como concepção nuclear, a noção de *força normativa da Constituição* (Konrad Hesse) consubstanciada na idéia de que as regras constitucionais possuem força jurídica vinculante estando aptas para gerir, diretamente (sem a necessidade da *interpositio legislatoris*), às situações concretas da vida.⁵

A Constituição de 1988, na medida de todas as Constituições européias relacionadas acima, pretende-se igualmente dirigente (uma vez que limita a liberdade de conformação do legislador a partir da instituição de regras programáticas que determinam o agir político-social do Estado) e consagra o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado instituído para promover o resgate das promessas da modernidade principalmente no que tange aos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, como já referido, os processos de mudanças político-sociais são lentos. Assim é que, mesmo depois de duas décadas da “refundação” do Estado brasileiro pela promulgação da Constituição de 1988, a concretização da Constituição (ainda) é um tema que carece de uma resposta efetiva por parte dos juristas brasileiros. Esse problema se manifesta, em grande parte, por um singelo motivo: uma Constituição não se operacionaliza por si mesma. Ela depende da construção de um manto teórico que possa dar condições de tornar efetivos seus conteúdos no nível da interpretação. Esse manto teórico simplesmente não

⁴ Há uma influente interpretação da história do Brasil que aponta para a existência de um estamento burocrático – no sentido de Weber – a governar o patrimonialista Estado brasileiro (Cf. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Globo, 1995).

⁵ Esse fator parece ser desconsiderado por grande parcela da doutrina brasileira, principalmente no que tange ao segmento denominado *Doutrina Brasileira da Efetividade*. Trata-se de expressão cunhada por Luís Roberto Barroso em artigo com o mesmo título “A doutrina brasileira da efetividade”. In: *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho*. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques Lima, Faya Silveira Bedê (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 435-447. Neste trabalho, o autor percorre todo caminho da construção desta “doutrina brasileira da efetividade” no interior da qual estão incluídos os esforços teóricos de José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres de Britto, Maria Helena Diniz e do próprio Luís Roberto Barroso. Todos os autores mencionados guardam relação quanto ao modo como cuidam de pensar a Constituição e os sentidos que ela pode projetar no desenrolar da vida político-jurídica do Estado, divergindo, num ou noutro ponto, quanto a questões meramente classificatórias. Contudo, o que se encontra no cerne de todas estas perspectivas analíticas, é a noção dual dos dispositivos constitucionais dividindo-os em: normas constitucionais de *aplicabilidade imediata (self-executing)* e normas constitucionais *programáticas (not self-executing)*. O que se está em jogo nestas posturas é uma tentativa de classificação, abstrata e apriorística, das normas constitucionais (desconsiderando, assim, características contemporâneas da teoria do direito, como é o caso da distinção entre texto da norma e norma realizada pro Friedrich Müller). Todavia, toda tradição do segundo pós-guerra cunhou um sentido de Constituição que busca ressaltar sua força normativa, colocando-a em meio ao problema pragmático da interpretação do direito.

existia no Brasil em 5 de outubro de 1988 e também não passou a existir nos anos subsequentes. A saída encontrada pela doutrina e jurisprudência foi a importação de teorias criadas a partir da experiência do direito comparado. Com isso, uma nova e problemática questão vinha à superfície: sob que condições essas “importações” são possíveis de ser efetuadas?

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

Uma Constituição nova exige, portanto, novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica. Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo “incentivo” doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Vejamos, em pormenores cada uma dessas recepções equivocadas sendo que, pelo modo como são trabalhadas no Brasil, a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy serão analisadas em conjunto.

2.1 JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO: OS EQUÍVOCOS DE UMA RECEPÇÃO

Portanto, qualquer tentativa de classificação *a priori* de normas cai por terra, posto que o sentido de uma norma

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

Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da jurisprudência dos valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão.⁶ Releva anotar, entretanto, que a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, um papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, Espanha e Brasil.

Entretanto – e aqui deve ser feita a crítica ao equívoco no modo como a tese foi recepcionada – os juristas brasileiros não se atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.

Da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros tomaram emprestado a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina⁷ e dos Tribunais.

só aparece diante da problematidade do caso concreto.

⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

⁷ Um exemplo ilustrativo dessa mixagem teórica pode ser extraído da seguinte passagem: “a colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto” (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Novos Paradigmas e categorias da Interpretação Constitucional*. In: **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**.

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação* (Alexy) – são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.⁸ Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de *que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso*. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy - *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”* (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça à Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”.⁹

Bernardo Gonçalves Fernandes (Org.). Salvador: Editora Podium, 2010, p. 189). Aqui parece ficar claro como a idéia da “Constituição como ordem de valores” é literalmente subsumida à teoria alexyana da colisão de princípios sem atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor. Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. É essa estrutura alargada de dever-ser – que é dada *prima facie* – que tensiona os princípios fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nessa mixagem teórica é que Alexy constrói sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.

⁸ Nesse particular, anote-se o profundo estado de embaraço teórico em que se encontra enveredadas posturas teóricas como as de Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. Os autores propõem que, além da ponderação de princípios, deve existir também uma ponderação entre regras. O que chama mais atenção numa proposta como essa é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy (princípios se aplicam por ponderação e regras por subsunção). E mais: se a *ponderação* é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da “ponderação de regras”? Uma “regra” da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios posto que deixa de ter razão de ser a distinção entre *subsunção* e *ponderação*? Nos termos propostos por Barroso e Barcellos a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Uma tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostre destituída de sentido prático visto que da regra irá resultar uma outra regra, essa sim aplicável ao caso, além de apontar para os equívocos na recepção da teoria alexyana entre os autores brasileiros. Quanto ao que foi dito Cf. BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 277-279.

⁹ Importante anotar que no Brasil, *os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio*. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (o chamado “caso Ellwanger” que será discutido mais adiante é uma boa amostra disso). Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa que pode ser efetuada no site de buscas Google. A expressão “princípio da ponderação” gera o número de 11.600 ocorrências, sendo que grande parte dos sites que hospedam as informações relativas a tal “princípio” fazem referência à decisões dos tribunais que o incorporam. No caso específico do STF consultar ADPF n. 130/DF DJ 05.11.2009. De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira que venho denominando *panprincipiologismo* (Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009,

Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do Habeas Corpus n. 82424, em 17/09/2003, que ficou conhecido como *caso Ellwanger*. Vejamos, em linhas gerais, o caso apresentado: nesse julgamento, o STF negou pedido de declaração da extinção da punibilidade em favor de Siegfried Ellwanger, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus. Ellwanger era responsável pela edição, distribuição e venda de livros anti-semitas de sua própria autoria (*Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século*) e de outros autores nacionais (e. g., *Brasil, Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso) e estrangeiros (e. g., *O Judeu Internacional*, de Henry Ford). A conduta de Ellwanger estava tipificada no art. 20 da Lei n. 7.716/89 (“*Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos*”). Foi absolvido em primeiro grau, e condenado em apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Perante o STF, a defesa sustentou que o fato imputado contra o paciente prescreveu, uma vez que a discriminação contra judeus – ao contrário da discriminação de cor – não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo (CF, artigo 5º, XLII).

O Relator, Min. Moreira Alves, votou pelo deferimento do HC, sustentando que os judeus não poderiam ser vítimas de racismo, por não constituírem uma raça (“Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado”). Baseou seu voto (constitucionalmente inadequado) em argumentos de política, principalmente na justificativa dada pelo autor da emenda aditiva que introduziu o dispositivo da imprescritibilidade na Assembléia Constituinte, Carlos Alberto Caó, tradicionalmente ligado a movimentos negros e que, à toda evidência, pretendia unicamente combater o racismo contra negros no país.

Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar a divergência que sairia vencedora, apontando o óbvio: o nazismo que permeava as obras publicadas por Ellwanger era fundado

em especial o posfácio). Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

essencialmente em uma superioridade de raça. Hitler, com embasamento pseudocientífico nas idéias de Gobineau (1816-1882), tratava os semitas como uma *raça inferior, impura* e outras coisas do gênero. Durante o nazismo, o povo judeu passou a ser tratado como sub-raça, e eram essas as opiniões que Ellwanger professava por aqui. Assim, quase sem querer, o Min. Corrêa recolocou a questão em seu devido lugar: o critério de racismo não pode se fundar apenas em um conceito lexicográfico de *raça*, e a *raça*, para fins de proteção jurídica, não se limita a uma semelhança de características físicas, como a cor da pele. Ainda que o Ministro não tenha fundamentado desta forma, trata-se de uma *contextualização da tradição*: a história do século XX – com a perseguição anti-semita e o holocausto – importa nessa análise. E, acrescento, resgata os *argumentos de princípio*, uma vez que a erradicação das discriminações e preconceitos é um objetivo da República (art. 3º, IV, da CF), o que tem caráter deontológico.

No entanto, parte da corte entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais. Princípios estes que, por sua vez, se assentavam em valores conflitantes entre si. Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma “*contradição entre princípios jurídicos*”, com “modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência”, entendeu, por juízo de “*proporcionalidade*”, que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de expressão. O Ministro votou por *absolver* o paciente (embora esse não fosse sequer o pedido do HC, limitado ao reconhecimento da prescrição do delito). O Min. Marco Aurélio de Mello igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao *fazer a ponderação dos valores* em jogo (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade.

De todo modo, é preciso anotar que muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), a solução da controvérsia era na verdade constrangedoramente simples. Após intervenção do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento, o Tribunal passou a discutir se a publicação das obras anti-semitas estava ou não abrigada pela liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CF). O Min. Celso de Melo, em que pese tenha admitido que, em certos casos, há conflitos de direitos que devam ser resolvidos por ponderação, *desta vez sustentou*

acertadamente que nada havia a ponderar, pois a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista. E ponto. Na seqüência, o Min. Gilmar Mendes lembrou outra obviedade: as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia.

Como já foi adiantado, o HC acabou denegado¹⁰. Contudo, os votos vencidos, todos embasados ou em argumentos de política (voto do relator, Min. Moreira Alves) ou em *juízos de ponderação* (votos dos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto), bem demonstram os perigos que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira (que desconsidera os procedimentos formais estabelecidos por Alexy e termina por mesclar a ponderação alexyana com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores). O recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL: UM EXEMPLO DE COMO A DISCUSSÃO TEM SIDO TRAVADA NO BRASIL

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

¹⁰ Além dos já mencionados Ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo e Gilmar Mendes, também votaram pela denegação os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não o resultado de um *sentimento constitucional* acerca desta problemática.

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

Um bom exemplo do tipo rasteiro de ativismo judicial que permeia o imaginário dos juristas brasileiros pode ser extraído da pela questão levada a julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹² (ADPF) n. 178. Com efeito, tal medida foi interposta em 2009 pelo Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a garantia dos mesmos direitos reconhecidos às uniões entre heterossexuais. A ação pretendia, inicialmente, que fosse reconhecida e colmatada a pretensa omissão do Poder Legislativo em regulamentar os direitos dos casais homossexuais, muito embora a própria Constituição, no seu art. 226, §3º, aponte para outra direção, ao afirmar que “para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Indeferida liminarmente, a petição foi reapresentada, agora buscando uma *verfassungskonforme Auslegung* do art. 1723 do Código Civil¹³, no sentido de oferecer proteção integral às uniões homoafetivas. A perplexidade que surge deve-se a seguinte questão: de que modo poderia haver a referida omissão se a própria Constituição determina que é dever do Estado *proteger a união entre o homem e a mulher*? Onde estaria a omissão, já que é um comando constitucional – e note-se: não podemos falar em hierarquia

¹¹ Cf. WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994.

¹² Em linhas gerais, é possível afirmar que a ADPF é uma medida similar ao *Verfassungsbeschwerde*. Todavia, a lei n. 9882/1999 que regulamentou o disposto no § 1º do art. 102 da CF, acabou por restringir – de maneira inconstitucional – o rol de legitimados para propor esse importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais. A importância desse mecanismo para a interpretação da Constituição pode ser comprovada pelo que vem sendo debatido na ADPF n. 54 (que discute a constitucionalidade da criminalização do aborto nos casos de anencefalia); ADPF n. 130 (cujo problema central girou em torno da liberdade de imprensa e da (im)possibilidade de censura prévia) e a ADPF n. 153 (que versava sobre a possibilidade de perseguição e punição dos crimes de tortura ocorridos durante o regime militar. De se consignar que a ADPF n. 130 foi julgada totalmente procedente pelo STF, tendo sido decretada a não-recepção da lei de imprensa (Lei n. 5.250/1967). Já a ADPF n. 153 foi julgada improcedente. A ADPF n. 54 ainda aguarda julgamento.

¹³ Artigo 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

entre normas constitucionais, caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Otto Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais – que determina que a ação do Estado seja no sentido de proteger a união entre homem e mulher? O mais incrível é que ação também pretende anular as várias decisões que cumpriram literalmente o referido comando constitucional.

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung* que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial).¹⁴

Ao lado dessas três posturas – que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil – podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmaticismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias. Pode-se afirmar, ainda, que, por vezes, os pragmaticismos tomam emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade.¹⁵

¹⁴ Anote-se que há uma parcela considerável de autores brasileiros preocupados com os problemas oriundos dessa equivocada recepção da idéia de ativismo judicial no Brasil. Podemos registrar, nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle (org), Alexandre Garrido da Silva, Deilton Ribeiro Brasil, José Ribas Vieira, Marcus Firmino Santiago da Silva, Margarida Maria Lacombe Camargo, Rodrigo de Souza Tavares, em pesquisa sobre essa problemática (Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF, Editora Juruá, 2009).

¹⁵ Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma idéia qualquer; a sua simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”; sua mera evocação já é um “em si-mesmo”. O uso performativo de um enunciado objetiva a “colar” texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica). Desse modo, expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “decido conforme a minha consciência”, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. São

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

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

Ou seja, a falta de teorias adequadas às demandas de uma Constituição como a brasileira permitiu a formação de um forte protagonismo judicial. Observe-se que, mesmo diante de um texto constitucional riquíssimo em direitos fundamentais-sociais – experiência única no mundo – os intérpretes brasileiros ainda assim vem buscando descobrir “valores” escondidos embaixo dessa tensa tessitura legal.

Um dos alicerces do ativismo judicial e que provocou uma fragmentação na aplicação judiciária foi o fenômeno do *panprincipiologismo*. “Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, *da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem*. Centenas de princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do direito, fragilizando sobremodo o grau de autonomia do direito e a própria força normativa da Constituição, podendo ser elencados,

sentidos coagulados, que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder. Em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade).

exemplificadamente, alguns deles, tais quais: *princípio da simetria*¹⁶, o *princípio da não surpresa*¹⁷, *princípio da confiança*¹⁸, *princípio da afetividade*¹⁹, *princípio do fato consumado*²⁰, *princípio da instrumentalidade processual*²¹, *princípio da confiança no juiz da causa*²², *princípio do deduzido e do dedutível*²³.

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

Por outro lado, há que se levar em conta que o constitucionalismo surgido do segundo pós-guerra é, fundamentalmente, pós-positivista; os textos constitucionais – agora principiológicos – albergam essa nova perspectiva do direito (ruptura paradigmática). Nesse contexto, a busca da preservação da força normativa da Constituição sempre corre o risco de ficar diluída/fragilizada pela equivocada aposta nessa pretensa “abertura interpretativa”, uma vez que – e é neste ponto que se dá a passagem do esquema sujeito-objeto para a relação

Apenas para exemplificar: STF - RCL 2126; AGR 395662; TJRS 70027526524, 70027525898, 70032218398; STF-HC 97197; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADI 2240; STJ- HC 68397

¹⁶ O princípio da simetria é citado em 39 decisões do Supremo Tribunal Federal – por todas, ADI 2192/ES, 858/RJ, 3549/GO, 3647/MA, 3853/MS, 2857/ES, 2029/SC, 1275/SP, 2480/PB, 3566/DF, 2966/RO, ADI-MC 3715/TO; também no Superior Tribunal de Justiça, RMS 12615/MG.

¹⁷ Por todos, os julgamentos do Supremo Tribunal SS-AGR 1015/SP, Superior Tribunal de Justiça EDCL MC 8995/AL, trinta e um julgamentos nos diversos TRF’S, velendo citar as seguintes decisões: AC 200434000482709/DF, MAS 200638140044412/MG, REO 9201185049/AM, AMS 9601055002/MG, AI 9601028463/MG.

¹⁸ Julgados do Supremo tribunal Federal que o mencionam: MS 25963/DF, 24927/RO, 22357/DF, 24268/MG, ADI 3689/PA, ADI3316/MT, RE-AGR 329001/DF, RE-AGR-AGR-AGR-AGR 384364/RJ; STJ: RESP 904885/SP, 944325/RS, RMS 22514/SP, HC 46525/MT, EDCL AG RG RESP 266326/SC; TJRS, em mais de cem casos, com sentidos diferentes, entre eles o aqui delineado; TRF’S, com vinte incidências, como: AR 200401000187104/BA, AR 200301000362214/BA, EIAR 200101000321331/DF, AGRAR 200401000449492/DF.

¹⁹ Nos TRF’s há treze incidências, valendo, por todas, registrar as seguintes: AC 200551010202610/RJ, AC 200451010202230/RJ, AC 200251010195768/RJ, AC 9702352894/RJ, AC 9702352894/RJ.

²⁰ Há dezessete incidências do princípio no Pretório Excelso, valendo referir, por todas, as ADIn’s 3689 / PA, 3316 / MT, 2240 / BA e ADI 3489/SC. No Superior Tribunal de Justiça, as decisões apresentadas fazem com que o princípio apresente-se como resguarda para o exercício de condutas já exauridas garantidas por liminar. Seria possível pensar em uma liminar que libera o aluno na dissecação de sapos. Garantido o “direito” do aluno, e tendo ele já cursado a disciplina, não seria conveniente ao direito manifestar-se sobre uma situação que já aconteceu. “Não seria ‘conveniente’ modificar a situação consolidada” (Resp 279.887). Também as seguintes decisões: Resp 279887/RN, 143467/CE, 137989/CE, 2643/PR. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul há cinquenta e seis incidências da matéria.

²¹ TJRS AI 70028380491.

²² Cf. TJSC HC 29828; STJ RHC 7096-RJ.

²³ TRF5 - Apelação Cível: AC 163455 RN 99.05.13309-7.

sujeito-sujeito – a abundante principiologia veio para introduzir, no direito, o mundo prático que dele havia sido expungido pelas diversas posturas positivistas. Entende-se o positivismo, para os limites desta abordagem, a partir de sua principal característica apontada por Dworkin no seu debate com Hart: a *discricionarietà*, que ocorre a partir da “delegação”, em favor dos juízes, do poder de solucionar os casos difíceis. É indubitável a relação da discricionarietà - delegada por Hart ao juiz - com o decisionismo kelseniano. Discricionarietà será, assim, o poder conferido ao juiz/intérprete para escolher uma entre várias alternativas. O problema é saber se as alternativas são legítimas e se a “escolha” se enquadra na circunstância discutida. Considere-se, ademais, o problema dessa “delegação” nos casos da interpretação do processo judicial, que fica à mercê da interpretação discricionária do juiz. O pano de fundo, a toda evidência, era – e ainda é – a discussão acerca das condições de possibilidade da realização da democracia. Afinal, se alguém tem que decidir por último, a pergunta que se põe obrigatoriamente é: de que modo podemos evitar que a legislação – suposto produto da democracia representativa (produção democrática do direito) – *seja solapada pela falta de legitimidade da jurisdição*?

Pode-se dizer que, tanto na operacionalidade *stricto sensu* como na doutrina, são perceptíveis no mínimo dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade, que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen); ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com uma “livre atribuição de sentidos”.

Desse modo, a defesa de posturas judiciais ativistas, o panprincipiologismo e a fragmentação jurisprudencial, são fenômenos que decorrem, em última análise, de um mesmo núcleo problemático: a preservação subterrânea do paradigma da filosofia da consciência na construção das teorias e doutrinas do direito. Um pragmatismo primitivo é invocado para justificar as decisões individuais. Essas decisões não conduzem a um ponto coerente, capaz de unificar o sentido e acomodá-lo num contexto de integridade. Assim, um verdadeiro caos

interpretativo acaba por ter lugar, algo que pode ser comparado ao estado de natureza hobbesiano; uma espécie de Estado de natureza hermenêutico. Diante desse fustigante processo de fragmentação decisional, o *establishment* jurídico reagiu criando mecanismos burocráticos que, pretensamente, pudessem oferecer uma resposta a esse emaranhado de decisões e, ao mesmo tempo, conduzir para uma racionalização do acesso à justiça que, por força da ampliação constitucional das demandas, também acarretava uma exaustão ao sistema. Desse modo, a reforma levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”) criou dois mecanismos que vinham na senda das questões levantadas nesse tópico: as súmulas vinculantes²⁴ e a repercussão geral.²⁵

Em suma, esses dois mecanismos são respostas estruturais para um problema que é de ordem paradigmática: de nada adiantam as súmulas e os demais mecanismos vinculatórios – como é o caso da repercussão geral – se não enfrentamos aquilo que possibilitou todo quadro de fragmentação, relativismo e subjetivismo que acomete o Direito atual. Ou seja, é preciso superar a filosofia da consciência e aquele que é sua criação: o sujeito solipsista, assujeitador dos objetos. O conhecimento – mais do que uma relação que se dá entre um sujeito e um objeto, é um encontro. Um encontro que acontece a partir de um em torno, de uma história, enfim, de uma tradição. É da explicitação desse encontro que resultará a efetiva superação do artificialismo epistemológico da filosofia da consciência que sempre leva a soluções despeditores que acabam levando à persistência do núcleo do problema (no caso brasileiro, basta ver como a doutrina está lidando com a questão das súmulas, por

²⁴ Súmulas Vinculantes são enunciados criados pelo STF sempre que haja decisões reiteradas da corte sobre uma determinada matéria posta em julgamento. A peculiaridade do sistema brasileiro é que esses enunciados sumulares vinculam o próprio STF, os tribunais inferiores e os órgãos da administração pública (cf. Art. 103-A da CF LENIO: acho interessante citar o texto do *caput* do artigo). O que causa perplexidade é que as súmulas não são nem exatamente precedentes (pois são enunciados gerais e abstratos que se propõem a resolver casos futuros; ao passo que os precedentes da *common Law* são assentados a partir de experiências particulares com objetivo primevo de solucionar o caso em disputa e apenas indiretamente repercutem nas decisões futuras); mas também não é lei, uma vez que emana do órgão de cúpula do Poder Judiciário. As Súmulas Vinculantes era uma reivindicação antiga de uma parcela significativa dos juristas brasileiros. As justificativas para adoção de tais mecanismos sempre obedeciam a um fator de ordem pragmática: numero excessivo de demandas repetitivas – cuja causa sempre é debitada à constituição (Art. 5º, inciso XXXV) que ampliou significativamente o acesso à justiça e à dificuldade de se controlar o sentido das interpretações efetuadas pelos juízes.

²⁵ Na linha do problema envolvendo o excesso de processos e da exaustão do sistema a partir da proliferação de recursos e medidas de revisão das decisões a serem julgadas pelos Tribunais, o mecanismo da repercussão geral aparece como uma barragem para entrada de novos recursos a serem analisados e julgados pelo STF. A partir da incorporação desse instrumento pela Emenda Constitucional 45/2004, o § 3º do artigo 102 passou a ter a seguinte redação (LENIO: acho conveniente transcrever aqui o texto da constituição). Nessa medida, os recursos extraordinários aventados somente serão aceitos se puderem demonstrar, na tese que fundamenta a demanda, a

exemplo). Numa palavra: a superação desses problemas é uma tarefa hermenêutica. O que vou mostrar na sequência é uma proposta para efetivação dessa superação.

4 A RESPOSTA HERMENÊUTICA AO PROBLEMA DA FALTA DE UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA NO BRASIL

Contra o relativismo valorativo causado pela má recepção da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de corte alexyano e contra o ativismo pragmatista dos tribunais – fatores que, somados, acabam por levar ao *panprincipiologismo* e à fragmentação da jurisprudência – proponho uma hermenêutica fortemente anti-relativista e anti-discrecionalista. Esse modo de trabalhar a hermenêutica passa pela constatação de dois fatores que possibilitam a superação do paradigma da filosofia da consciência. Trata-se, na verdade, de duas revoluções copernicanas ocorridas no século XX que modificaram radicalmente os caminhos do Direito e da Filosofia. No campo jurídico, a revolução copernicana do direito público mudou o centro gravitacional do direito: não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica. Essa alteração radical implicou, também, numa revolução metodológica: os métodos tradicionais do direito privado – permeados pela filosofia da consciência – não eram adequados para manipular os novos textos constitucionais, concebidos para fazer valer uma ordem democrática que, para além de qualquer solipsismo, deveria conduzir para uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos de poder do Estado. Assim, uma outra revolução – igualmente copernicana – entra em cena: cuida-se daquilo que ficou conhecido como *linguistic turn* que opera uma redefinição do papel da linguagem no processo de conhecimento e abre novos caminhos para a discussão do método no direito. Nesse contexto, as obras de Heidegger e do Wittgenstein tardio desempenham um papel fundamental. Elas apontam para uma dimensão intersubjetiva que constituiu desde sempre o espaço fundamente de todo projeto de conhecimento humano. Esse espaço é um espaço de linguagem. Com Wittgenstein aprendemos que uma linguagem privada é impossível, pois toda linguagem é, originalmente, intersubjetiva. Com isso, foi desferido um ataque certeiro contra o solipsismo da filosofia moderna. Também Wittgenstein demonstrou que a linguagem não se esgota na dimensão

existência de Repercussão Geral reconhecida previamente pela corte. A repercussão geral, portanto, é um filtro

simplesmente designativa, como sempre afirmou a tradição, mas comporta outras dimensões de modo que, é possível dizer, nós não temos a linguagem, mas somos, desde sempre, tomados por ela. Já Heidegger oferece um recomeço ainda mais radical a partir da colocação adequada da pergunta pelo ser. Segundo o filósofo essa pergunta só pode ser respondida a partir de uma repetição crítica dos temas da tradição cuja possibilidade se encontra no próprio ser humano a partir do existencial da compreensão. A compreensão implica sempre o entendimento de uma tradição que, por sua vez, sempre é um empreendimento compartilhado, oriundo de uma espécie de “mundo” comum.

Na esteira dessa transformação operada pelo giro lingüístico – que, a partir de Heidegger, podemos chamar de *giro lingüístico-ontológico* – aparece a hermenêutica de Hans-George Gadamer. A partir de *Verdade e Método* ficou claro que a verdade das ciências humanas, ou ciências do espírito, é um acontecimento que pode ser percebido através da arte, da história e da linguagem. Gadamer desfere, assim, um golpe certeiro contra o metodologismo que predominava da epistemologia dessas ciências afirmando que a verdade é algo que, em última análise, se opõe ao método. Com efeito, ao invés que garantir a objetividade da interpretação, o método – enquanto momento supremo da subjetividade – acaba por levar a relativismos (v.g. no direito a questão da ponderação, por exemplo).

Por isso, penso que essa objeção gadameriana ao relativismo metodológico encontra eco na crítica que Ronald Dworkin faz ao poder discricionário dos juízes, que se mostra de maneira emblemática no debate levado a efeito com Herbert Hart. Assim, a minha proposta se apresenta a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Na senda de Dworkin, que, ao seu modo, falará da única resposta correta, proponho a tese de que todo cidadão – que vive sob o manto do Estado Democrático de Direito – tem um direito fundamental a obter dos tribunais uma *resposta constitucionalmente adequada*. Minha proposta, porém, não estabelece nenhum procedimento metodológico que garanta essa resposta adequada. Pelo contrario, ela rejeita qualquer tipo de procedimentalização do projeto decisório. Para discutir as condições sob as quais se assenta a resposta constitucionalmente adequada, precisamos dispor antes de uma *teoria da decisão*. Essa teoria da decisão precisa conseguir destilar os equívocos advindos das errôneas importações teóricas efetuadas pelo constitucionalismo brasileiro e deve conseguir produzir um rigoroso processo de *justificação*

para evitar que qualquer demanda chegue até a suprema corte do Brasil.

das decisões que circula entre a suspensão dos pré-juízos do intérprete (no sentido hermenêutico que deve ser entendido da seguinte forma: quem decide sobre questões político-jurídicas tem o dever de esclarecer previamente os conceitos com os quais está operando no momento da decisão), as circunstâncias que compõem os caso concreto e a recomposição coerente da história institucional do direito (que comporta uma legislação, uma jurisprudência e uma doutrina).

Nessa medida, como os procedimentos e metodologias são recusados liminarmente, o único modo de demonstrar a validade da tese se dá a partir da reconstrução de um caso concreto, no qual pode ser percebida a manifestação da resposta constitucionalmente adequada. Tomemos como exemplo, então um caso julgado pelo STF e que aplicou a proibição de proteção deficiente.

A discussão acerca da proibição de proteção deficiente teve lugar pela primeira vez no STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 418.376, em que se discutiu a aplicação da extinção da punibilidade prevista no (atualmente derogado²⁶) art. 107, VII, do Código Penal. O julgamento possui uma importância simbólica ímpar, porque trata da primeira aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente/deficiente (*Untermassverbot*), constante do voto do Ministro Gilmar Mendes. O art. 107, VII, extinguiu a punibilidade dos chamados crimes contra os costumes definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI da Parte Especial do Código Penal (estupro e atentado violento ao pudor), na hipótese de casamento da vítima com o réu. Já o inciso VIII estabelecia a extinção da punibilidade inclusive em caso de casamento da vítima com terceiros.

O caso que originou o recurso foi o estupro praticado contra menina de 11 anos de idade (os atos libidinosos iniciaram aos 9 anos, consumando-se o estupro aos 11). Absolvido em primeiro grau, o réu foi condenado pela segunda instância no Estado de Mato Grosso do Sul. Consequentemente, em face do dispositivo da Constituição (art. 226, § 3º) que equiparou a união estável ao casamento, o recorrente buscou a extensão do favor legal, já que vivia concubinamente com a vítima desde os 9 anos de idade e a lei penal, vigente à época, permitia a extinção da punibilidade em caso de “casamento” da vítima com o ofensor.²⁷

O *hard case* a ser examinado aqui se consubstancia, desse modo, a partir da

²⁶ A Lei n. 11.106/05 revogou os dois incisos do art. 107 do Código Penal.

relevante circunstância de que, até então os Tribunais brasileiros vinham estendendo o favor *legis* aos casos de concubinato e união estável, a partir de uma interpretação analógica, valendo lembrar, nesse sentido, o julgamento do RHC 79788-MG²⁸ e do HC 89.938-SP²⁹ pelo Supremo Tribunal Federal.

Três posicionamentos se formaram na Suprema Corte: o primeiro sustentava a aplicação do dispositivo por interpretação analógica, dando-lhe, assim, o máximo de eficácia. Três ministros votam nessa linha.

A segunda posição, defendido pela maioria, entendeu que as circunstâncias do fato (estupro de uma menina de 11 anos) impediam a concessão do *favor legis*, não podendo ser aplicada a interpretação jurisprudencial que estendia – à época do fato – o conceito de “casamento” para os casos de concubinato e união estável.

Apenas a terceira posição feriu a contradição principal do problema, ao colocar em xeque *a própria validade do dispositivo autorizador da extinção da punibilidade*, e o fez lançando mão, pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal, da *garantia principiológica de que nenhuma lei pode proteger de forma deficiente a um direito fundamental*. O voto que consubstanciou essa terceira posição foi da lavra do Min. Gilmar Mendes, sustentando que, ao se aceitar a extinção da punibilidade em face do *favor legis* previsto na norma penal, “estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de *proteção deficiente* por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico [...]. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de

²⁷ O acórdão foi assim ementado: Recurso Extraordinário. Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do Código Penal. Inocorrência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima. Recurso desprovido.

²⁸ Relator: Min. Nelson Jobim, Julgamento: 02/05/2000.

²⁹ O voto refere doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, in: Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, no 98, junho/2005, p. 107 e de Lenio Luiz Streck, in: A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, no 97, março/2005, p. 180. O voto refere doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, in: Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, no 98, junho/2005, p. 107 e de Lenio Luiz Streck, in: A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, no 97, março/2005, p. 180.

um direito fundamental [...].”³⁰ Dessa forma, disse, “para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), há uma outra faceta desse princípio.”

Por outro lado, o caso *sub* análise nos permite entender melhor como a Constituição é o *locus* que propicia a resposta correta (adequada), mormente porque os votos que afastaram a regra estipulativa do *favor legis* apenas o fizeram *para aquele caso*, o que, no entanto, não é suficiente quando se está diante da própria inconstitucionalidade do texto jurídico. Explicando melhor: se o art. 107, VII, do Código Penal, já não estivesse revogado, a sua validade constitucional por certo não seria questionada – e é nesse sentido que assume maior relevância o voto do Min. Gilmar Mendes, acompanhado, *lato sensu*, pelo Min. Ayres Brito.

5 A HERMENÊUTICA E OS PRINCÍPIOS CONFORMADORES DA APLICAÇÃO DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma nova perspectiva hermenêutica, portanto, vem se forjando no seio da doutrina brasileira³¹, a partir de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução copernicana provocada pelo *giro-lingüístico-ontológico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista, diminuindo-se o grau de discricionariedade do Poder Legislativo, assim como do Poder Judiciário nos denominados “casos difíceis”. De outro, parece não restarem dúvidas de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, “conceitos”

³⁰ As propostas aqui apresentadas podem ser consultadas, mais amiúde, nas seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009; _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Na linha das projeções efetuadas nesses trabalhos também são importantes as obras de RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, *nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico*, que se caracteriza pelo emprego “sistemático” da análise lógica da linguagem, buscando descobrir o significado dos vocábulos e dos enunciados, tornando-a refém daquilo que Dworkin chama de “agulhão semântico”.

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

Por isso, não podemos esquecer as conquistas da contemporânea teoria do direito: texto e norma, palavras e coisas, fato e direito, *não estão cindidos e tampouco um é imanente ao outro*. Ou seja, se é verdadeiro que o texto (constitucional) não “carrega” um “sentido-em-si-mesmo”, também é verdadeiro afirmar que *não devemos aceitar propostas metódicas que pretendam deslegitimar a norma jurídico-positiva*, isto é, a normatividade do direito ou a concreta normatividade do direito.

Aponte-se, ademais, que, à diferença da compreensão de outros fenômenos, a hermenêutica jurídica contém uma especificidade: a de que o processo hermenêutico possui um vetor de sentido, produto de um processo constituinte que não pode ser alterado e não ser por regramento próprio constante no próprio processo originário. *E isso faz a diferença*. A Constituição é o elo conteudístico que liga a política e o direito, d’onde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia. Trata-se, no fundo, de um paradoxo: a Constituição é um remédio contra maiorias, mas, ao mesmo tempo, serve como garantia destas.

Assim, na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais oriundas de um profundo câmbio paradigmático, o papel da

³¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo

hermenêutica passa a ser, fundamentalmente, o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido *lato sensu*). Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito.

Essa (inter)mediação é o papel a ser desempenhado pelos princípios forjados na tradição do Estado Democrático de Direito. Princípios funcionam, assim, como *Leitmotiv* do processo interpretativo, como que a mostrar que cada enunciado jurídico possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*, dirá Gadamer). Princípios têm a função de mostrar/denunciar a ruptura com a plenipotenciabilidade das regras; o direito não isenta o intérprete de qualquer compromisso com a realidade.

Por tais razões, é fundamental que se passe a entender que “metodologia” ou “principiologia” constitucional não querem dizer “cânones”, “regras” ou “meta-regras”, mas, sim, *um modo de concretizar a Constituição*, isto é, o modo pelo qual a Constituição deve ser “efetivamente interpretada”. Afinal, a fragilidade dos “cânones” reside precisamente no fato de que não existe um “método” ou uma “regra” que estabeleça o modo de aplicá-los, a menos que se acredite na possibilidade de um “método dos métodos” ou de um metafísico “método fundamental” (*Grundmethode*). Do mesmo modo, não há um meta-princípio apto a servir de norte para a aplicação dos diversos princípios cunhados nas diversas fases do constitucionalismo.

Desse modo, propõe-se, aqui, um conjunto mínimo de princípios (hermenêuticos) a serem seguidos pelo intérprete. Tais princípios, sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação dessa principiologia, somente se manifestam quando colocados em um âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreto, pois representam um contexto de significações históricas compartilhadas por uma determinada comunidade política, uma vez que abarcam e apontam para além dos diversos princípios, subprincípios, pontos de vista, standards interpretativos, postulados, etc, forjados na tradição do Estado Democrático de Direito, tais como a inviolabilidade da Constituição, da vinculação do direito, da rigidez do direito constitucional, da segurança jurídica, da delimitação normatizada de funções, da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da conformidade

Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 51.

funcional, da concordância prática, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme, para citar apenas os principais. Mas, se as diversas tentativas de autonomizar esses critérios interpretativos fracassaram - em face da própria impossibilidade de se construir uma “teoria geral dos princípios” ou dos cânones - visando a conceder autonomia a estes ou a alguns destes, *isso não quer dizer que a interpretação do direito deva ficar à mercê de procedimentos ad hoc ou de atitudes pragmatistas*. Por essas razões é que a interpretação do direito somente tem sentido se implicar *um rigoroso controle das decisões judiciais*, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne desse novo paradigma: a democracia. E sobre isso parece não haver desacordo.

5.1 PRINCÍPIO UM: A PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO

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

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

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

5.2 PRINCÍPIO DOIS: O CONTROLE HERMENÊUTICO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL (RATIO FINAL, A IMPOSIÇÃO DE LIMITES ÀS DECISÕES JUDICIAIS – O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE)

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

Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, *a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito*, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessário uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas incumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social. Em outras palavras, a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional – que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas *self restraining* – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatistas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o aumento desmesurado de protagonismos judiciais. Isto é, deve-se evitar aquilo que se denomina de “ativismo”. E isso deve ficar bem claro. Com efeito, a Constituição autoriza/determina o amplo controle da constitucionalidade, chegando à

profundidade de prever o mandado de injunção (veja-se, além disso, as demandas quotidianas por remédios e tratamentos de saúde, problemas fundiários, etc.); mas essa mesma Constituição não é uma “carta em branco” para o exercício de voluntarismos interpretativos.

5.3 PRINCÍPIO TRÊS: O RESPEITO À INTEGRIDADE E À COERÊNCIA DO DIREITO

Como forma de estabelecer barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmatistas em geral, o respeito à integridade e à coerência engloba princípios (ou subprincípios que, por vezes, se confundem com “métodos” de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização*, o *princípio da eficácia integradora ou do efeito integrador*, o *princípio integrativo ou científico-espiritual* (Paulo Bonavides) e o *princípio da proporcionalidade* (alçado à essa categoria para resolver “colisão de princípios”, especialmente no plano da teoria da argumentação de Robert Alexy). Sua funcionalidade depende de outra garantia de cariz principiológico: a *da necessidade da fundamentação das decisões* (art. 93, X, da CRFB), aqui alçada a dever fundamental do juiz e a direito fundamental do cidadão.

A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito (*Cf. Dworkin, Law's Empire, op. cit.*, p. 176). Trata-se, pois, de “consistência articulada”. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o *ponto de vista objetivista*, pelo qual “o texto carrega consigo a sua própria norma” (lei é lei em si), como o *ponto de vista subjetivista-pragmatista*, para o qual – aproveitando a relação “texto-norma” – a norma pode fazer soçobrar o texto. Nesses casos – e estaríamos sucumbindo ao realismo jurídico – esse texto acaba encoberto não pela nova norma (sentido), mas, sim, *por outro* (novo) *texto*, o que pode facilmente ocorrer quando da edição de súmulas vinculantes. Ou seja, esse respeito à tradição, ínsito à integridade e à coerência, *é substancialmente anti-relativista* e deve(ria) servir de blindagem contra subjetivismos e objetivismos. Na verdade, a tese hermenêutica da integridade coloca-se contra os dois pólos do positivismo – e a feliz observação é de Blackburn (*Verdade, op. cit.*, p. 251): um pólo é a visão positivista de que a prática legal é inteiramente ditada por fatos preexistentes, tal como estatutos e decisões em letra gótica que estão, por assim dizer, na

folha, ou “simplesmente seja lá como for”; o outro pólo, confusamente chamado de “realismo” na filosofia do direito, é, no fundo, o ponto de vista subjetivo ou puramente pragmático, segundo o qual o que os juízes e advogados fazem a nada corresponde, exceto às próprias percepções que eles têm das necessidades momentâneas da sociedade (ou até mesmo apenas às próprias necessidades dos juízes).

5.4 PRINCÍPIO QUATRO: O DEVER FUNDAMENTAL DE JUSTIFICAR AS DECISÕES

Se nos colocamos de acordo que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito *não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional* produzido democraticamente, parece evidente que a Sociedade não pode ser “indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional.” Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, *que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu*.

Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificá-la, o que torna inexplicável e injustificável, *v.g.*, a proliferação do recurso denominado “embargos declaratórios” nos tribunais da República (e, não raras vezes, em face da negativa de os tribunais explicitarem o que foi decidido, a parte litigante fica obrigada a interpor Recurso Especial em face da “negativa de vigência do dispositivo legal que confere o direito a embargar decisões *não plenamente fundamentadas*”). *Fundamentar a fundamentação*: eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação, assim como não há embargo declaratório que possa restabelecer, posteriormente, aquilo que é a sua condição de possibilidade: *o fundamento do compreendido*.

O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter*) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo

judicial-processual – que, como já se viu, provém das teses iniciadas por Büllow, Menger e Klein ainda no século XIX – deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório e dos princípios já delineados. Decisões de caráter “cognitivista”, de ofício ou que, serodidamente, ainda buscam a “verdade real” se pretendem “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático. Veja-se que a Corte de Cassação da Itália (n. 14.637/02) recentemente anulou decisão fundada sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes, chegando a garantir que o recurso deve vir já acompanhado da indicação da atividade processual que a parte poderia ter realizado se tivesse sido provocada a discutir. Em linha similar – e em certo sentido indo além –, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (Rec. 10.361/01) assegurou o direito de a parte *controlar as provas do adversário*, implementando a garantia da participação efetiva das partes na composição do processo, incorporando, no *decisum*, doutrina (Lebre de Freitas, *op. cit.*, p. 96) no sentido de que o contraditório deixou de ser a defesa, no viés negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo do direito de *influir ativamente* no desenvolvimento do processo. O Supremo Tribunal Federal do Brasil (MS 24.268/04, Rel. Min. Gilmar Mendes) – embora venha impedindo, historicamente, a análise de recursos extraordinários que invoquem o aludido princípio – dá sinais sazonais da incorporação dessa democratização do processo, fazendo-o com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, é dizer, a pretensão à tutela jurídica corresponde à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, contendo os seguintes direitos: (a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O mesmo acórdão da Suprema Corte brasileira incorpora a doutrina de Dürig/Assmann, sustentando que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).

Assim, além de outros princípios, a garantia que cada cidadão tem de que a decisão estará devidamente fundamentada – porque cada ato de aplicação judicial é um ato de jurisdição constitucional – está umbilicalmente ligada à *garantia do contraditório*, que assume uma especificidade radical nesta quadra da história, isto é, o contraditório passa a ser a garantia da possibilidade da efetiva participação das partes na formação da resposta judicial, *questão que se refletirá na fundamentação da decisão*, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo, tornando a decisão visível e apta ao controle social-jurisdicional (inclusive, a toda evidência, transparente à apreciação que a doutrina deve fazer sobre as decisões judiciais).

Em síntese, a interpretação do direito deve levar em conta que há algo que está subentendido no pensamento jurídico: a necessidade de que essa hermenêutica possa garantir que uma universalidade *já sempre em operação*, enquanto forma do modo de nos relacionarmos com os objetos do mundo, não possa, a qualquer momento, vir a ser restringida por especificações exteriores advindas da simples objetificação – *como se a nossa relação com os objetos fosse mediada por um “grau zero de sentido”* –, decorrentes de uma analítica, preocupada simplesmente com a análise de textos, ou de posturas pragmatistas, despreocupadas com a autonomia do direito ou com o mundo prático traduzido nos princípios constitucionais.

5.5 PRINCÍPIO CINCO: O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Esse princípio tem uma relação de *estrita dependência* do dever fundamental de justificar as decisões e daqueles princípios (ou sub-princípios) – cunhados pela tradição constitucionalista – que tratam do *efeito integrador* (ligado ao princípio da unidade da Constituição), da *concordância prática* ou da *harmonização*, da *máxima efetividade* e da *interpretação conforme a Constituição*. Como princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, a obrigação de fundamentar – que, frise-se, não é uma fundamentação de caráter apodítico – visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios. Conseqüentemente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o *domínio normativo* dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-

concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.

Há um direito fundamental ao cumprimento da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição* ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*) demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição e a existência de eventual contradição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vor-verständnis*), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*ver-stehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.

O direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Isso porque a pretensão de se buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do *congelamento de sentidos* que isso propiciaria. Ou seja, a pretensão a esse tipo de resposta sequer teria condições de garanti-la. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito, enfim, dos fenômenos sociais, *por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição*.

O direito a uma resposta constitucionalmente adequada será, assim, *consequência da obediência aos demais princípios*, isto é, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao

contraditório e à produção democrática legislativa), é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente a Constituição do Brasil abarcou o universo das diferentes características que conforma(ram) o constitucionalismo do segundo pós-guerra. Conseqüentemente, necessita de um novo patamar hermenêutico. Com efeito, as diversas Constituições e ordenamentos anteriores estabeleceram uma prática institucional, incompatível com essa nova concepção de direito. Trata-se, portanto, da demanda de um novo paradigma interpretativo e de se saber se o conhecimento jurídico está ou não imune aos influxos das revoluções paradigmáticas ocorridas na filosofia e na linguagem, ou se, em definitivo, o direito pode seguir “um caminho separado”, como se fosse possível reservar/confinar suas complexidades às discussões acerca dos usos pragmáticos da linguagem ou a outras críticas externas que se pretendem “otimizadoras” de um conhecimento que, desse modo, assume-se insipiente e insuficiente diante do que representa o direito no Estado Democrático de Direito. A compreensão dessa nova fenomenologia dependerá, portanto, de uma interpretação jurídica sustentada em princípios que se forjam no interior do paradigma que engendrou esse novo direito.

Tais princípios, não exaustivos – e que são padrões, e não regras ou meta-regras –, apontam para além dos tradicionais princípios (gerais do direito ou jurídico-constitucionais entendidos como meros critérios ou *standarts*) e para além dos contemporâneos métodos de interpretação, que, embora preocupados com a efetividade/concretização da Constituição, guardam filiação à dicotomia “método-aplicação” e, em alguns casos, não superaram o problema do paradigma representacional. O caráter deontológico dos princípios afasta, do mesmo modo, critérios, *standarts* e *prêt-à-porters* travestidos de princípios que representam invenções *ad hoc* e fragilizam a força normativa do direito produzido democraticamente. Esses *standarts*, na verdade, permanecem na superficialidade das posturas analíticas presas ao “agulhão semântico” ou no entremeio de teorias que buscam deslocar o pólo central da interpretação em direção a um conjunto de procedimentos argumentativos, terminando, ao fim

e ao cabo, por servir aos propósitos de discursos “substitutivos/corretivos” do direito, com o sacrifício do caráter normativo dos próprios princípios, duramente conquistado no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Refira-se, ainda na mesma linha, que esses princípios não devem ser vistos como um conjunto de *topoi* argumentativos, nem como componentes de uma hermenêutica (jurisprudencialista) baseada na tópica ou na nova retórica (por todos, lembremos Theodor Viehweg), ou, ainda, dependentes, para a sua aplicação, das fórmulas para resolver “casos difíceis” (é o caso, *v.g.*, da ponderação de valores, que não escapa às fortíssimas críticas advindas de autores que vão de Friedrich Müller a Jürgen Habermas). Princípio é, assim, condição de possibilidade de qualquer interpretação, estando presente, de forma transcendental, em cada relação regra-princípio (por isso, não há distinção estrutural entre regra e princípio). Por isso, o princípio funciona como um acentuado grau de “blindagem” contra os desvios hermenêuticos (conveniências políticas, argumentos morais, etc.). Talvez o principal problema da compreensão do princípio esteja em localizá-lo ou *confiná-lo* no plano analítico, como se fosse uma regra “com adereços” e “comandos de otimização”. E, na medida em que essa circunstância, segundo determinadas leituras, leva à “abertura” da interpretação e ao aumento do poder discricionário do interprete, tem-se, inexoravelmente, um segundo problema: o enfraquecimento da autonomia do direito diante de discursos “corretivos” que, assim compreendido o papel de abertura dos princípios, “penetram” nestas “frestas”, configurando a aludida correção interpretativa com fulcro na moral, na economia, na política, etc.

Por tudo isso, os princípios aqui propostos têm a função de denunciar que atitudes discricionárias e arbitrárias tão-somente deslegitimam aquilo que é condição de possibilidade: a Constituição, que tem a sua sustentação paradigmática na autonomia do direito. Significa também dizer que o conjunto de princípios que sustentam esse (novo) patamar interpretativo representa a preservação do processo a partir do qual se opera.

Tais princípios, no contexto de uma hermenêutica jurídica inserida no Estado Democrático de Direito, representam o arcabouço de uma concepção *prático-normativa do direito* que busca, a todo tempo, privilegiar a democracia, atribuindo à aplicação do direito um papel que o não torne dependente ou refém de discursos adjudicadores ou corolários de justificação de conclusões normativas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: JusPodvim, 2010.

_____.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Globo, 1995.

FURTADO, Celso. **Os ares do mundo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demo-kra-tis-chen rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre/RS, v. 32, n. 98, p. 107, jun. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre/RS, v. 32, n. 97, p. 171-202, 2005.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio:** a hermenêutica e a (in)determinação do direito. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal:** laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

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