

O PAPEL DO JUDICIÁRIO, O ESTADO DE DIREITO E O CHAMADO “ATIVISMO JUDICIAL” NA DOCTRINA BRASILEIRA

*THE ROLE OF THE JUDICIARY, THE RULE OF LAW AND SO-CALLED “JUDICIAL
ACTIVISM” IN THE BRAZILIAN DOCTRINE*

*EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL, EL ESTADO DE DERECHO Y EL DENOMINADO
“ACTIVISMO JUDICIAL” EN LA DOCTRINA BRASILEÑA*

Felipe Chiarello de Souza Pinto¹
Antonio Paulo de Mattos Donadelli²

Resumo: A Constituição Federal de 1988 torna o Estado mais intervencionista principalmente por ampliar o rol de direitos fundamentais que exigem uma prestação do Estado e por estender sua normatividade a áreas do Direito até então regradas

1 Possui mestrado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi membro do Conselho Técnico Científico, do Conselho Superior e do Comitê da Área do Direito da CAPES-MEC. Atualmente é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Membro do Comitê Científico da Revista da ANPG: Ciência, Tecnologia e Políticas Educacionais, periódico científico institucional editado pela Associação Nacional de Pós-Graduandos e Membro do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Parecerista na Área do Direito da CAPES-MEC.

2 Formado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

pela legislação infraconstitucional. Esse novo paradigma impeliu o judiciário a uma atuação mais ampla, a chamada “judicialização”. Além disso, parte da doutrina jurídica brasileira aponta para o problema do “ativismo judicial” como uma ampliação desmedida dos poderes judiciais, ou falta de contenção dos juízes, o que interferiria na esfera de outros poderes e reduziria a segurança jurídica. O presente artigo contextualiza o problema sob a ótica da evolução histórica do Estado de Direito e analisa alguns critérios de decisão, procurando melhores respostas ao sistema jurídico. A discussão deste artigo visa contribuir para o desafio de encontrar uma interpretação que respeite os limites democráticos que são impostos ao judiciário e ao mesmo tempo preserve seu papel na garantia de direitos.

Abstract: The 1988 Federal Constitution makes the State more interventionist by extending the list of fundamental rights that demand State providence, and extending its rules to areas previously governed by the infraconstitutional legislation. This new paradigm prompted the judiciary to act in a broader sense, through the so-called “judicialization”. Furthermore, part of the Brazilian legal doctrine points to the issue of “judicial activism” as an excessive enlargement of the judicial powers, or lack of contention of the judges, which affects the competence of other branches and compromises the legal certainty. This paper puts the problem in the context of rule of the historic evolution of the State of Law and analyses some criteria for decision-making, searching for better responses to the legal system. The discussion of this article seeks to contribute to an interpretation that respects the democratic limits imposed on the judiciary, and at the same time, preserves its role in guaranteeing rights.

Resumen: La Constitución Federal de 1988 vuelve al Estado más intervencionista principalmente por ampliar el rol de derechos

fundamentales que exigen una prestación del Estado y por extender su normatividad a áreas del Derecho reguladas hasta entonces por la legislación infraconstitucional. Ese nuevo paradigma impulsó al Poder Judicial hacia una actuación más amplia, la denominada "judicialización". Además, parte de la doctrina jurídica brasileña apunta hacia el problema del "activismo judicial" como una ampliación desmedida de los poderes judiciales, o la falta de contención de los jueces, lo que interferiría en la esfera de otros poderes y reduciría la seguridad jurídica. El presente artículo contextualiza el problema desde el punto de vista de la evolución histórica del Estado de Derecho y analiza algunos criterios de decisión, buscando mejores respuestas al sistema jurídico. La discusión de este artículo tiene el propósito de contribuir con el reto de encontrar una interpretación que respete los límites democráticos que son impuestos al Poder Judicial y al mismo tiempo preserve su papel en la garantía de derechos.

INTRODUÇÃO

 papel do poder judiciário está em crise. Novas formas de decisão põem em cheque a estrutura clássica do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Como tudo na modernidade (ou pós-modernidade para quem prefira a "novidade"), a separação de poderes, o constitucionalismo e a democracia são conceitos em eterna ruptura.

Para a consagrada expressão de Octávio Paz, vivemos a "tradição da ruptura"³ em que nada é perene a não ser a mudança contínua.

Os paradigmas clássicos estão em constante revisão. Temos neoconstitucionalismo, pós-positivismo, pós-modernidade. É esse o alerta de Luís Roberto Barroso ao tratar do neoconstitucionalismo:

³ PAZ, Octavio. A Tradição da ruptura. In: **Os Filhos do Barro**: do Romantismo à Vanguarda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pósmodernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.⁴

Em meio a tanta mudança⁵ e desapego a qualquer tradição, a crise anunciada no início perde o alarde, mas não a importância.

Por mais que haja mudança, o Direito se baseia na Segurança Jurídica, que exige certa previsibilidade das normas e das decisões judiciais. Os destinatários da norma jurídica não podem ser um brinquedo nas mãos de qualquer tipo de autoritarismo ou voluntarismo de quem quer que seja.

O judiciário tem competência para decidir em concreto e é fundamental que seja independente. Sem lhe retirar as competências, sem retroceder nos avanços na garantia de direitos fundamentais e sem comprometer a garantia da “justiciabilidade” é possível encontrar alternativas para um novo equilíbrio das funções.

O CHAMADO “ATIVISMO JUDICIAL”

A discussão sobre o ativismo é associada à invasão pelo poder judiciário, e em especial pelas Cortes Supremas ou Cortes Constitucionais, das esferas tradicionalmente afetas à política.

Ou seja, decisões que classicamente eram resolvidas por meio da democracia representativa, em regra de maioria passam a ser decididas por meio da jurisdição. Nesses assuntos, o critério deixa de ser o majoritário e passa a ser o da interpretação jurídica.

4 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (*o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*). Disponível em <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> em 20.05.2012.

5 E, afora este mudar-se cada dia, Outra mudança faz de mor espanto: Que não se muda já como soía. (CAMÕES)

De acordo com Artur Sclesinger, a expressão “ativismo judicial” surge em 1947 em artigo de autor desconhecido publicado na revista *Fornune* em que classifica os juízes da Suprema Corte Americana em ativistas, contidos (*self-restrained*) e moderados (intermediários entre as duas posições - *falling in the middle*).⁶

Segundo Rogério Gesta Leal, “há certo consenso de que, em termos de conceito mais genérico, pode se associar o ativismo judicial à ideia de mutação normativa e social via de solução de casos concretos pelo judiciário (...)”⁷

O clássico dicionário *Black’s Law Dictionary*, que é inserido no sistema do *common law*, tem a seguinte conceituação de ativismo judicial:

(...)judicial philosophy which motivates judges to depart from strict adherence to judicial precedent in favor of progressive and new policies which are not always consistent with the restraint expected of appellate judges.⁸

Luís Roberto Barroso diferencia a judicialização das questões do ativismo judicial.⁹

A judicialização das questões se faz por meio do próprio poder legislativo ou mesmo por disposição Constitucional. Consiste na atribuição de competências e “poder” para o judiciário.

Como atribuição de competências, por exemplo, podemos mencionar a ADI por omissão, prevista no artigo 103, § 2º da Constituição Federal e na Lei 9.868/99 em que o Supremo é instado a se manifestar sobre a omissão legislativa. Ou seja, a própria Constituição e legislação é que atribuem ao Supremo um papel “criativo”, desde que esteja adstrito à forma processual predeterminada.

Outro exemplo é a ampliação dos legitimados para a ação direta, alteração da Emenda Constitucional nº 45/2004, inserida no artigo 103 da Constituição Federal.

6 LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência brasileira. In: **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Org. LEAL, Rogério Gesta e LEAL, Mônia Clarissa Henning. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P 2.

7 Ibid. Pp 1-2.

8 Citado por LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência brasileira. In: **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Org. LEAL, Rogério Gesta e LEAL, Mônia Clarissa Henning. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P 14.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Extraído de <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> em 20.05.2012.

Mais uma vez, há uma ampliação constitucional da atuação do judiciário.

Frisamos que o judiciário é obrigado a dar decisão sobre os casos que lhe são propostos.

E ainda, que como garantia fundamental do Estado de Direito, pelo conceito de justiciabilidade, não, nem mesmo por lei, afastar da apreciação do poder judiciário a lesão ou a ameaça de lesão, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Nesse sentido, grande parte do aumento do papel do judiciário não se deve a qualquer ativismo ou autoatribuição de competências, mas de decisão expressa do sistema político que lhe atribui o julgamento da questão.

De acordo ainda com Luís Roberto Barroso, o ativismo ocorre por meio de diferentes condutas, entre elas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁰

No entanto, como o próprio Luís Barroso ressalta, o “texto”, seja da Constituição seja da Lei seja da Constituição, é fluido, dotado de expressões vagas e indeterminadas.

Ou seja, para sabermos se a violação da Constituição é “ostensiva”, ou se a situação está contemplada no “texto”, há que se interpretar.

DO PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO - A AUTORIDADE DA “LEI”

Na Idade Média o poder político era descentralizado, e o Direito baseado na tradição sem qualquer centralização da produção jurídica.

10 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> em 20.05.2012. p. 11.

Como ressalta Luigi Ferrajoli, o Direito pré-moderno era não legislativo, predominantemente jurisprudencial e doutrinário.¹¹

A descentralização política da Idade Média levava à descentralização das fontes jurídicas.

Na Construção desse sistema jurídico desenvolvido doutrinária e jurisprudencialmente, a validade do direito era garantida não pela fonte de que emana, mas pela sua "intrínseca racionalidade ou justiça substancial"¹². De acordo, ainda com Ferrajoli, a fórmula jurídica que prevalecia era "*veritas non auctoritas facit legem*" (é a verdade, não a autoridade, que faz a lei)."¹³

Uma das decorrências desse sistema é a inexistência de padrões predeterminados na aplicação do Direito. O Direito é construído pela jurisprudência de forma originária, sem a garantia de um pressuposto previamente existente. A ausência de legalidade e do primado da sujeição do juiz às leis gera insegurança jurídica, pela ausência de certeza (previsibilidade das decisões), elevada discricionariedade dos juízes e "ausência de garantias contra o arbítrio."¹⁴

Rompendo com o Estado Medieval, segue a centralização política do Estado Moderno. Surge a noção de soberania, poder uno. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dalari, "um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano"¹⁵.

A modernidade surge como a afirmação filosófica do sujeito e da razão individual¹⁶. As teorias jurídicas que surgem entre os séculos XVII e XVIII pregam o direito natural com primado na razão e visam resolver problemas da soberania e do pacto de dominação entre soberanos e súditos.

11 FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica**. Coord. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo e SANTORO, Emilio. Trad. DASTOLI, Carlos Alberto. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 419.

12 Ibid. p. 420.

13 Tal fórmula, para Ferrajoli, é inversa à de Hobbes "authoritas, non veritas facit legem" Idem.

14 FERRAJOLI, *Opus cit.* 421.

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 70

16 Sobre o tema LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História** - Lições Preliminares. São Paulo: Max Limonad, 2000. P. 180.

As diversas teorias jusnaturalistas contratualistas¹⁷ pregavam a necessidade de um contrato social originário, que visava não primordialmente à justiça, mas a paz.¹⁸

Assim, na Unidade do Estado Absolutista, pode surgir um conceito único e universalizante de direito, apreensível pela razão humana.

Para Lênio Streck, a revolução moderna torna possível a Hermenêutica Jurídica como conhecemos hoje.¹⁹ A visão do sujeito cognoscente face à norma a ser interpretada por métodos racionais só advém com o racionalismo moderno.

Assim, a idade moderna nos traz um conceito de lei predeterminada, mesmo que por vezes não escrita, mas apreensível pela razão humana.

Do racionalismo é que surge o conceito de Estado de Direito.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Estado de Direito na *common Law* surge da tradição do direito consuetudinário inglês, que foi selecionada e compilada pelos juízes designados pelo Rei desde o século XIII.

Esses costumes foram adequados a uma visão ampla e racional do justo.²⁰

A chamada *law of the land*, o direito inglês funda-se na tradição dos costumes entre as gerações, “um longo e gradual processo evolutivo”²¹.

Assim, o direito da chamada *common law* é jurisprudencial, feito pelos juízes.

Mas diferente do paradigma da Idade Média supra referido, há predeterminação e certa previsibilidade, dada pela organização racional e pela força dos precedentes.

17 Como Thomas Hobbes e John Locke.

18 LOPES, opus cit. p 181.

19 STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?** Disponível em www.univali.br/periodicos em 20.05.2012. In verbis: “Embora a hermenêutica seja identificada e conhecida pela sua origem mitológica a partir de Hermes, o semi-deus que intermediava a relação dos deuses com os mortais, é apenas na modernidade – portanto, no seio de outro paradigma filosófico – que passamos a falar desse assunto de outro modo e por intermédio de outro olhar. Com efeito, compreendida *stricto sensu*, a hermenêutica como a discutimos hoje é um produto da modernidade, ou seja, nasce com a revolução provocada pelo nascimento do sujeito.”

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 98.

21 Tradução livre. RIDOLA, Paolo. **Pristoria, origine e vincere del costituzionalismo**. P. 30.

Contudo, há superação desses precedentes a “novos tempos e circunstâncias.”²²

Essa construção dá origem ao *rule of law* inglês, que para Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³ pode ser traduzido como “supremacia do direito” e consiste no conjunto de três princípios:

- 1) o predomínio absoluto das normas de Direito Comum a todos, o que exclui qualquer poder arbitrário por parte do governo; 2) a igual sujeição a todos (inclusive autoridades) à lei e aos tribunais comuns; 3) a consagração pelo direito comum das liberdades do cidadão, garantidas também pelos tribunais ordinários²⁴

Esse sistema do *rule of law* é que dá origem ao Estado de Direito da Europa Continental. Nesse paradigma o Estado Moderno nos países de tradição romano-germânica se identifica com o “Estado legislativo de Direito” ou “Estado legal”²⁵. Assim a lei se afirma como fonte exclusiva do direito válido.

Assim, normas válidas são aquelas postas por autoridades dotadas de competência normativa²⁶, tudo por meio de um “ato especial de criação” nas palavras de Hans Kelsen.²⁷

Com o avanço das Revoluções Liberais, com destaque para a Revolução Francesa, o primado da lei escrita passa a vigor na Europa Continental, acabando por “enrijecer” e “simplificar”²⁸ os princípios que recebe do direito inglês.

O predomínio da Lei Escrita, somado ao da Separação de Poderes, resulta nas bases do Estado de Direito, que pode ser exprimido por três princípios: a) legalidade: restrições à liberdade individual somente por lei em sentido estrito

22 FERREIRA FILHO, *opus cit.* p. 98

23 Ibid. P. 97.

24 Ibid.. 97-98.

25 FERRAJOLI, Luigi. *opus. cit.* p. 422.

26 Ibid. p. 423.

27 Segundo Hans Kelsen: “As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um acto especial de criação. (...) Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam com, isto é, por que órgãos e através de que processos - através de uma criação consciente do direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume - devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. PP. 273-274.

28 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 100.

e formal; b) isonomia: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”²⁹; c) justicialidade: todos os atos sujeitos ao controle de um judiciário independente e imparcial; “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”^{30, 31}.

Nesse contexto, a legislação assume importante papel para o Estado de Direito. O governo do direito deve atingir a todos, inclusive o próprio Estado e seus governantes. Essa fórmula visa estabelecer “um governo de Leis, não de homens” (artigo 30 da Constituição de Massachusetts de 1780 - “*to the end it may be a government of laws, and not of men*”).

Na posição de Stal, “o Estado deve ser Estado de Direito (...) deve assegurar inviolavelmente e perfeitamente determinar os confins e limites de sua atividade e as esferas de liberdade dos seus cidadãos na forma do Direito’³².

Assim, o Estado, sob o primado da Lei, deve ser garantido e mantido, fundamentalmente pelo poder judiciário, garantidor do Estado de Direito e poder legítimo para “dizer o direito”.

Em nosso paradigma de Direito de matriz romano-germânica, predominantemente legislado, a segurança jurídica e a garantia da manutenção do Estado de Direito repousam no conteúdo previsível da norma extraída fundamentalmente da lei formal.

De acordo com Alf Ross, a fonte mais importante do Direito na Europa Continental é constituída pelas normas sancionadas pelas autoridades públicas. Para Ross, o judiciário está se sentindo obrigado diante das declarações da legislatura e da doutrina oficial do legislativo.³³

Assim, o enfraquecimento da densidade normativa da Lei, seja pela técnica de textos mais abertos, seja por métodos de interpretação, pode enfraquecer o paradigma do Estado de Direito, centrado na força da lei em sentido formal.

Nesse sentido, Monica Herman Salem Caggiano:

29 Citação literal do artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

30 Citação literal do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

31 FERREIRA FILHO, *opus cit.* p. 100.

32 Citado por SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 37.

33 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: BINI, Edson. Bauru, SP: EDIPORO, 2000. P. 104.

O que se depreende é que o constitucionalismo que pretende ser contemporâneo - ou a teoria do neoconstitucionalismo - assume uma postura descompromissada com o princípio da segurança jurídica, que exsurge na trajetória evolutiva da ideia de Estado de Direito, buscando exatamente lhe assegurar reforço, robustecendo a missão maior de uma Constituição, qual seja estabelecer limites e engradar o Poder. (...)

Extraído, pois do direito comunitário europeu, o princípio da segurança jurídica repousa sobre a ideia do prévio conhecimento da lei e do tratamento ao qual essa será submetida na sua aplicação. Apresenta-se como macro-princípio alojando no seu bojo outros princípios a exemplo (a) da confiança legítima, (b) da legalidade (c) da qualidade da lei.³⁴

A autora associa o chamado “neoconstitucionalismo” a uma leitura menos compromissada com a legalidade e a segurança jurídica. No entanto, o sistema jurídico, norteado por uma constituição fundamentada em normas expressas em princípios, deve ter uma leitura diferente, exigindo outros métodos de decisão.

O chamado “neoconstitucionalismo” não cria o problema, mas tenta dar uma solução a ele.

No entanto, é fato que o chamado “ativismo judicial” reside no fato de que a Lei fica em segundo plano. Isso pode enfraquecer a Instituição do Estado de Direito, principalmente nos países com direito de matriz romano-germânica, como o Brasil, em que a Lei é o centro da produção normativa.

Em contrapartida, é inevitável a interpretação, ou seja, a construção da norma judicial no caso concreto, ainda mais com as atribuições do judiciário para além do “legislador negativo” e com a construção de normas por meio de princípios, o que também será analisado.

DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO “LEGALISTAS”

Como vimos, o Estado Moderno nos traz, além do racionalismo, a hermenêutica como conhecemos hoje. Nas palavras de Lênio Luiz Streck:

34 CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia X Constitucionalismo – um navio à deriva? **Cadernos da Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo**. Nº 1, 2011. P. 19-20.

Embora a hermenêutica seja identificada e conhecida pela sua origem mitológica a partir de Hermes, o semi-deus que intermediava a relação dos deuses com os mortais, é apenas na modernidade – portanto, no seio de outro paradigma filosófico – que passamos a falar desse assunto de outro modo e por intermédio de outro olhar. Com efeito, compreendida *stricto sensu*, a hermenêutica como a discutimos hoje é um produto da modernidade, ou seja, nasce com a revolução provocada pelo nascimento do sujeito.³⁵

Ou seja, é com a modernidade, superamos o paradigma aristotélico-tomista, e estabelecemos uma diferenciação entre o sujeito e o objeto.

No século XIX, o utilitarismo racional culmina com o movimento positivista. No Direito o positivismo se identifica com as Leis e mais especificamente com os códigos. Entre os movimentos positivistas surgem o positivismo utilitarista inglês, o francês (escola da exegese -identificada com o juiz chamado “boca da lei”) e o alemão, que se identifica com o formalismo conceitual e a jurisprudência dos conceitos.

Ainda segundo Lenio Luiz Streck, desse movimento do positivismo surgem os códigos, que passam a ter “a estatura de verdadeiros “textos sagrados””.³⁶ Para Cristina Queiroz, os códigos representam o ápice do racionalismo jurídico utópico e construtivo da sociedade, dando à vida um sistema ideal, numa tentativa de leis simples, claras.³⁷

As primeiras correntes positivistas procuravam uma interpretação “sintática” desvendando os signos que compunham o código, o que seria quase sempre suficiente para a resolução dos problemas interpretativos. Em exceções o intérprete poderia buscar a analogia e os princípios gerais de direito.³⁸

35 STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?** Disponível em: www.univali.br/periodicos em 20.05.2012.

36 STRECK, Idem.

37 QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial** – sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 128: “Esta filosofia das ‘leis uniformes, claras, simples, abstractas e precisas’ alcança seu zênite com o movimento codificador. O código representa a expressão definida e acabada ‘do racionalismo jurídico europeu na sua tríplice dimensão – utópico, construtivo da realidade, político, edificador do Estado moderno e unificador da nação, burguês, profano, afirmador da vida livre e igual’. Constitui só por si um monumento jurídico ‘more geometrico demonstrato, que dá vida um sistema ideal desenhado ao longo dos séculos XVII e XVIII’”. Citado por CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Direitos Fundamentais**. Acessível: em <http://pt.scribd.com/doc/77763412/EAD-DHF-bloco-01-Leitura-Basica-ESTADO-E-DIREITOS-FUNDAMENTAIS> em 20.05.2012.

38 STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?** Disponível em:

Ainda hoje os métodos podem ser observados como regras do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei 4.657/1942, ora denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (denominação dado pela Lei 12.376/2010):

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No paradigma liberal da escola da exegese, o judiciário é levado a julgar conflitos unicamente intersubjetivos. Na França há forte desconfiança do poder judiciário que se ligou ao antigo Regime e que teve um histórico de violação de direitos.³⁹

A contenção da atividade judicial era a principal preocupação do liberalismo francês, que queria evitar, a qualquer custo, a deformação da lei pelo judiciário.⁴⁰

O método subsuntivo deveria ser suficiente para interpretar a lei. A norma seria a premissa maior, os fatos a menor e a decisão judicial a conclusão. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão:

A posição típica desta corrente exprime-se através do chamado *silogismo judiciário*. Tem-se em vista as formas judiciais de aplicação da lei e raciocina-se como se a lei representasse a premissa maior dum silogismo. O juiz conhecerá a lei, as partes dão os fatos, o juiz subsume os fatos à lei e tira a conclusão. Em certas épocas, e nomeadamente em consequência de uma concepção mecânica da atividade judiciária, chegou-se a uma visão particularmente rígida deste processo. Para empregar uma comparação moderna e que é adequada apesar de risível, pode dizer-se que se pensou que a atuação do juiz seria análoga à das máquinas automáticas. Nestas, metendo-se a moeda, sai mecanicamente o produto desejado; ali, provados os fatos, produz-se inelutavelmente certa decisão.⁴¹

www.univali.br/periodicos em 20.05.2012.

39 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Direitos Fundamentais**. Acessível em <http://pt.scribd.com/doc/77763412/EAD-DHF-bloco-01-Leitura-Basica-ESTADO-E-DIREITOS-FUNDAMENTAIS> em 20.05.2012.

40 Idem.

41 ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito** – Introdução e Teoria Geral. Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p.644. citado por CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Direitos Fundamentais*. Acessível em <http://pt.scribd.com/doc/77763412/EAD-DHF-bloco-01-Leitura-Basica-ESTADO-E-DIREITOS-FUNDAMENTAIS> em 20.05.2012.

Nos anos 30 e 40, a regulação estatal se intensifica e surgem escolas como a do Direito livre e da jurisprudência dos interesses. Nesse cenário, visando reafirmar o rigor metodológico, surge a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que se fixa muito mais na semântica do que na sintaxe.⁴²

Streck⁴³ Kelsen considera válido o conteúdo de uma proposição jurídica se estiver de acordo com o conteúdo da norma. Assim, “os enunciados da ciência jurídica teriam um conteúdo semântico”, “sujeitos a condições de validade”.⁴⁴ Ainda de acordo com Streck, esse processo leva à “coisificação do conteúdo das normas” e à “fetichização” das normas.⁴⁵

Ou seja, é como se as normas tivessem um valor em si mesmas, desvinculadas do contexto social em que são aplicadas.

Hoje com o chamado neoconstitucionalismo, com sistemas de interpretação ainda não definidos no judiciário, com o aumento de normas principiológicas, com a “politização do judiciário” e com a incapacidade do congresso de dar respostas rápidas à expectativa normativa da sociedade, vivemos numa crise do primado da Lei.

Entretanto, a chamada crise no primado da Lei não pode ser vista apenas como uma atitude mais intervencionista do judiciário, mas compreende, também, a ampliação de funções do judiciário e do próprio Estado.

Ademais, há que avaliemos a própria base filosófica da hermenêutica jurídica. De acordo com Lenio Streck, não mais podemos ler o Direito sob o primado da filosofia da consciência, que levou aos positivismo exegético e semântico supra descritos.

Citando Habermas, Lenio Streck diz que “a guinada lingüística colocou o filosofar sobre uma base metodológica mais segura e o libertou das aporias das teorias da consciência”.⁴⁶ Ainda segundo Habermas, “no lugar do sujeito solitário (solipsismo), que constitui seus objetos (objetivismo), emerge, agora, a ideia do

42 STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?** Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>, em 20.05.2012.

43 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 162.

44 Idem.

45 Idem.

46 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 169.

conhecimento mediado linguisticamente e referido à ação⁴⁷. O conhecimento deve ser situado, de previamente (ou seja não há mais o “eu” cognocente isolado, vazio, como o “eu” cartesiano) “no contexto de uma práxis intersubjetiva, historicamente mediada.”⁴⁸

DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E O CHAMADO “NEOCONSTITUCIONALISMO”

O Constitucionalismo Clássico surge como forma de limitar o Poder dos Monarcas Absolutistas.

Na Inglaterra, como vimos, a Constituição não escrita é fruto de um longo processo histórico de afirmação de Direitos.

Citamos como documentos históricos e paradigmáticos da submissão do Rei ao Direito e como forma primitiva de afirmação de direitos individuais perante o Estado, a *Magna Charta* de 1215 e a *Petition of Rights* de 1628. Mesmo que esses documentos estivessem restritos à aristocracia, constituem marco histórico da limitação do poder real.⁴⁹

Ademais, com a ascensão do Parlamento Inglês limita-se cada vez os poderes reais, exigindo concessões, que culminam num Sistema Parlamentarista, que servirá de base para o mundo ocidental e de base para a teoria da separação de poderes.⁵⁰

Locke, no *Segundo Tratado do Governo*, formula a separação de poderes, colocando o poder legislativo como o poder supremo do Estado.⁵¹ Na formulação de Locke, o Poder Judiciário não aparece como poder autônomo.

Esse modelo, tanto da separação de poderes quanto da limitação constitucional dos governantes, serve de inspiração tanto para a Revolução Francesa quanto

47 HABERMAS, Jürgen. Di Philosophie als Platzhalter und Interpret. In: **Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln**. Frankfurt am Main, 1983, p. 9-28. Citado por STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 172.

48 Idem.

49 RIDOLA, Paolo. **Pristoria, origine e vincere del costituzionalismo**. P. 30.

50 Ibid.. p. 33.

51 Ibid. p. 34.

para a Americana, que procuram limitar o poder pela separação de poderes e pela Constituição.

A diferença fundamental que estabelecemos é que no Sistema Americano e no Francês há presença de Constituição Escrita, como Lei Fundamental da Nação.

A Constituição Americana de 1787 funda-se na soberania popular, mas limita os excessos da maioria por um sistema de “democracia temperada”⁵², num sistema de separação de poderes com controle recíproco entre eles “*check and balances*”.

A rigidez Constitucional e a Independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes nos EUA tornam possível o Controle de Constitucionalidade, que assegura a normatividade da Constituição e serve de freio aos excessos dos representantes populares.

O marco do controle de Constitucionalidade Americano, o chamado “*judicial review of legislation*”, se dá com a decisão Marbury X Madison em 1803.⁵³

A Lei inconstitucional não é direito, e mais, não vincula o judiciário, que deve afastar sua aplicação e julgar conforme a Constituição.⁵⁴

Na França Revolucionária, a ideia de superioridade da “lei da nação” se deve ao abade Sieyès. Suas ideias contribuíram para que se estabelecesse um ato formal fundante do novo corpo político.⁵⁵

A limitação do poder na França tem influência na obra de Montesquieu, que sustenta que a detenção do poder leva ao abuso. Para sua contenção é necessário que “pela disposição de coisas, o poder detenha o poder.”⁵⁶

O princípio da separação de poderes fica expresso na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que tem pretensão universal e integra a Constituição Francesa:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.⁵⁷

52 Ibid. p. 37.

53 Idem.

54 RIDOLA, *Opus cit.* p. 37.

55 Ibid.. 38.

56 De l' esprit des lois, cit, Livro XI, cap 3. Citado por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 112.

57 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores->

Enfim, a ideia de contenção do poder por documento escrito e com processo de alteração mais rigoroso do que o da lei ordinária (rigidez) e que estabeleça balizas e limites predefinidos e resguarde direitos fundamentais contra ações arbitrárias do Estado (inclusive contra a chamada “tirania da maioria”) é comum aos movimentos constitucionalistas do século XVIII.

Monica Herman Salem Caggiano explica como o Constitucionalismo reclama balizas ao Poder popularmente estabelecidas:

Elementar a lição que nos coloca diante de **um movimento, o constitucionalismo** que impacta o século XVIII e, a passos largos, vai se alongando para, em todas as partes, recomendar e inspirar a presença de Constituições, documentos escritos, fundantes, que, **do pedestal de lei suprema, obrigam o Poder, cingindo o seu exercício a balizas e limites pré-determinados, resguardando, pois, os direitos humanos fundamentais de ações arbitrárias** e, pelo cerceamento do poder abusivo, salvaguardando a liberdade individual. Este, aliás, um dos primeiros registros de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao iniciar as aulas do curso de Direito Constitucional.

Nesse sentido, prossegue o autor, anotando ser este o espírito da ideia de Constituição. Ela penetra no período das revoluções setecentistas, conformando o núcleo central do constitucionalismo moderno que reclama: “(1) **um corpo sistemático de normas**; (2) **que formam a cúpula da ordem estabelecida – lei suprema**; (3) **contido (preferencialmente) num documento escrito e solene**; (4) **versando sobre a organização política basilar de um Estado**; (5) **estabelecida pelo povo, por representantes extraordinários**; (6) **cujas finalidades são a limitação do Poder em vista da preservação dos direitos do Homem**.”⁵⁸

Assim o Estado liberal se preocupa em engradar o poder limitando os abusos comuns no antigo regime. Os Direitos Fundamentais predominantes no Constitucionalismo clássico são os chamados direitos de primeira Dimensão.⁵⁹

<http://www.univali.br/periodicos/cria-da-Sociedade-das-Na-es-at-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> em 20.05.2012.

58 CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia X Constitucionalismo – um navio à deriva? **Cadernos da Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo**. Nº 1, 2011. P. 19-20.

59 Adota-se aqui a proposta terminológica sugerida por Paulo Bonavides, que propugna pela substituição do termo “geração” que pode dar uma ideia apenas cronológica de evolução de direitos, pelo termo dimensão. Nas palavras do autor: “Força é dirimir, a essa altura, um

Ou, na classificação de Jellinek, esses direitos se inserem no *status negativo* ou *status libertatis*.⁶⁰

Mas, com os séculos do Modelo Constitucional clássico, o aumento da complexidade social gera uma maior complexidade Estatal.

Sucessivas crises econômicas no período entre guerras⁶¹ tornam necessárias novas políticas como o *New Deal*, que inclusive encontrou obstáculos na Suprema Corte Americana⁶².

Desde então o Estado Polícia⁶³, ou *gendarme*, foi substituído pelo *Estado de serviço* que procura suavizar a desigualdade econômica. Além dos custos que isso careia à máquina administrativa, surgem novos direitos, chamados de segunda dimensão.

No sistema de matriz romano-germânica esses direitos, como saúde, moradia, educação e previdência, passam a ser garantidos constitucionalmente.

O Estado não precisa só lidar com a efetivação de direitos de segunda dimensão, mas com a complexidade de uma sociedade composta cada vez mais por grupos heterogêneos, que se afirmam como minorias e reivindicam seus direitos no sistema partidário e fora dele, por meio de organizações da sociedade civil.

Assim a Lei, que no modelo do Estado Liberal típico era produzida por um grupo homogêneo de representantes de “pequenos grupos dentro do todo sociedade,

eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas a sucessão cronológica e, portanto, suposta de caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos de primeira geração, direitos individuais, os direitos da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, ao infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é a democracia (...)” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. 15. ed. pp. 571-572. Ressalta-se que, apesar do exposto, o autor se utiliza da terminologia “geração”.

60 Ao membro do Estado é concedido um status, no qual ele é o senhor, numa esfera livre do estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status negativo* do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram sua satisfação por meio da ação do indivíduo. JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte, p. 87. Citado por ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 258.

61 A esse respeito HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos** - o breve século XX - 1914-1991. Tradução SANTARRITA, Marcos. São Paulo: Editora Shwarcz, 1994. Pp 90-112.

62 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 279.

63 Expressão de Harold Laski citado por DALLARI, *opus. cit.* 279.

como os proprietários, do sexo masculino, com certa idade,"⁶⁴ agora convive com representantes sindicais, de grupos religiosos e outros setores da sociedade.

Essa multiplicidade, que é positiva para a legitimidade democrática da legislação, gera uma dificuldade de consenso na elaboração da Lei, o que faz com que as leis contem com normas que defendem diferentes grupos e visões que, por vezes, são difíceis de compatibilizar na interpretação.

Esse pluralismo social deve estar presente não só na elaboração da lei, mas na jurisdição constitucional, que deve ser aberta aos diferentes grupos envolvidos, afetados pela legislação em análise.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira aborda o assunto sob a ótica da legitimidade democrática da Constituição e explica o papel democrático da jurisdição constitucional da seguinte forma:

A jurisdição constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação nos processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos⁶⁵

Por fim, o conteúdo do texto legal passa a ser impreciso, ou por vezes pouco denso, predominantemente composto por **princípios**, normas de conteúdo mais fluido.

Essa técnica de redação constitucional faz com que o judiciário, independente da opção ideológica de seus membros, tenha um papel maior na criação do direito. De acordo com Roberto Barroso:

Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da

64 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Direitos Fundamentais**. Acessível em: <http://pt.scribd.com/doc/77763412/EAD-DHF-bloco-01-Leitura-Basica-ESTADO-E-DIREITOS-FUNDAMENTAIS> em 20.05.2012. p. 17

65 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Legitimidade Democrática da Constituição da República federativa do Brasil: Uma Reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no Marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Luminem Juris, 2009 pp. 229-253.

separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.⁶⁶

Assim, para que a Constituição seja exequível, é necessário que os princípios sejam vistos como norma jurídica com força obrigatória. Os princípios não são mera recomendação, são normas.

O neoconstitucionalismo, portanto, não pode representar um retorno ao voluntarismo do intérprete da Idade Média, a solução está no sistema jurídico. De acordo com Luís Roberto Barroso:

A resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato.⁶⁷

Os princípios não contêm descrição de condutas, são valores positivados.

Para Alexy, um princípio "exige que algo seja realizado da maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes."⁶⁸

Para Barroso,⁶⁹ o grau de discricionariedade na decisão que tem por base princípios é maior.

Os princípios de mesma hierarquia podem em determinado caso colidir, ou seja, podem incidir dois princípios ao mesmo tempo no mesmo caso. Tais princípios podem ser antagônicos, já que "as Constituições modernas são documentos

66 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> em 20.05.2012. p. 11.

67 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> em 20.05.2012.

68 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 104.

69 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> em 20.05.2012.

dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem.”⁷⁰

Há diversos métodos para o tratamento dos princípios, como os métodos propostos por Robert Alexy⁷¹ ou Dworkin⁷², que procuram estabelecer métodos de interpretação que visam à segurança jurídica e à motivação racional da decisão, com vistas a evitar arbítrios dos julgadores.

A teoria da ponderação dos princípios de Robert Alexy admite que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Conclui que princípios são “mandados de otimização”. Segundo Alexy, o âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos “princípios e regras colidentes”.⁷³

A ponderação de Alexy dispõe que “se dois princípios colidem (...) um dos princípios terá que ceder.”⁷⁴

Já Ronald Dworkin diz que, na argumentação jurídica, há, além das regras, princípios e políticas. Política na posição de Dworkin é um “padrão”; um objetivo a ser atingido; uma melhoria econômica, social ou política da “comunidade”. Já “princípio” é um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça e equidade, ou “alguma dimensão de moralidade”⁷⁵. Para Dworkin, os princípios e as políticas não são aplicáveis à maneira das regras (que se aplicam “à maneira do tudo ou nada”), os princípios podem ser aplicados parcialmente.⁷⁶

Outra característica que Dworkin dá aos princípios (e para as políticas) é que esses têm uma dimensão que as normas não têm um “peso”. Para o autor, “quando os princípios⁷⁷ se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos

70 Idem

71 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008. P

72 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução BOEIRA, Nelson. 3. ed. São Paulo: Editora vmf Martins Fontes, 2010.

73 ALEXY, Robert. Tradução SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90.

74 Ibid. p. 93.

75 Vê-se que quando Dworkin fala de moralidade trata de uma cooriginária ao direito, ou seja, moralidade específica do direito que nasce com ele. O juiz, por exemplo, não pode aplicar padrões morais estranhos ao direito.

76 DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. PP 33-42.

77 Aqui o autor se refere a princípios de maneira genérica, abrangendo princípios e regras.

compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”⁷⁸ Os princípios seriam razões que podem levar a decisão nesse ou naquele sentido, mas que não são aplicáveis sob o critério do “tudo ou nada.”

Lenio Streck, contrariamente ao que sustenta Alexy, nega que os princípios sejam “mandados de otimização”, ou “meros postulados”. Para Lenio Streck, as regras não podem ser interpretadas de forma independente dos princípios. A regra sempre tem um princípio subjacente, ou nas palavras de Streck, “atrás de cada regra há sempre um princípio”. Assim, “impossível interpretar uma regra sem levar em conta seu princípio instituidor.”⁷⁹

Também se contrapõe a Dworkin, quando o autor americano diz que as regras se aplicam no critério do tudo ou nada e os princípios enunciam a razão e o argumento em certa direção. Para Streck, não há como “cindir interpretação e aplicação e pela antecipação de sentido”, assim como é impossível isolar, na aplicação, a regra do princípio.⁸⁰

As críticas de Streck são pertinentes, os princípios são deontológicos, ou seja, não são meras fórmulas argumentativas, têm valor normativo, um dever-ser obrigatório.

Em outro artigo, Lenio Streck⁸¹ defende que, para a hermenêutica, o princípio da proporcionalidade, utilizado pelos partidários da Teoria da Argumentação como máxima ou regra⁸² de aplicação de princípios colidentes, é, na verdade

78 DWORKIN, Ronald. *Opus. cit.* pp. 33-42.

79 STRECK, Lenio Luiz. A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo) Constitucionalismo. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Luminem Juris, 2009. PP. 203-228.

80 Idem.

81 STRECK, Lenio Luiz. **O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermass-
verbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal**: Superando o ideário liberal-individualista-clássico. Extraído do *site* http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

82 O termo tem sinônimo de regra para Virgílio Afonso da Silva como se vê no seguinte trecho: “o conceito de *princípio* que aqui se adota não tem relação com a importância da norma a que tal denominação se aplica. *Princípio*, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade (...) não segue esse raciocínio, Ao contrário, tem

“(apenas), um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve ser razoável”, compatível com uma “reconstrução integrativa do direito (e da legislação), para evitar interpretações descritivas/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’”. Streck quer evitar que a pretexto de julgar o “caso concreto” “venha a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição”. A ponderação de princípios em conflito, para Streck, deixa ao subjetivismo do intérprete a hierarquização axiológica.

Para Streck, esse seria o calcanhar de Aquiles da ponderação, pois deixaria a “hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (...) não escapa do paradigma representacional”. Para Streck, o julgamento dos chamados “casos difíceis” nas teorias argumentativas reprimem “a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart ou no perímetro da moldura em Kelsen)”. Isso porque cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, ao juiz cabe decidir “na zona de incertezas’ e ‘insuficiências ônticas.”⁸³

Ainda na análise de Lenio Streck, nesses chamados casos difíceis a “completude autopoietica” era trazida “a partir de recurso aos princípios gerais do direito, à experiência do juiz, aos usos e costumes e assim por diante”, com a “alteração paradigmática ocorrida no campo do constitucionalismo” a moral estaria de volta no direito. A moral aqui é a “institucionalizada no direito produzido democraticamente”, o que Lenio Streck chama de “revolução copernicana exurgente do neoconstitucionalismo”. Todavia, para Streck, a resposta da

ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo. (...)

No presente trabalho por achar que a denominação ‘postulado normativo aplicativo’ não contribui para um incremento de clareza conceitual, dou preferência a chamar a regra da proporcionalidade de “regra”, também tendo em mente de que se trata de uma regra especial, ou regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. PP. 168-169.

83 STRECK, Lenio Luiz. **O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermass-
verbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Extraído do *site* http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

ponderação de Alexy, por exemplo, só oculta o problema de que não existe semântica perfeita.⁸⁴

Portanto, nem nas regras nem nos princípios o texto pode prescindir do caso concreto e ter normatividade em si. Texto não é sinônimo de norma, não há uma essência metafísica normativa a ser buscada pelo intérprete. Isso não o libera de ter coerência e de interpretar segundo o direito ou a moral jurídica (expressa nos princípios jurídicos e não sua moral subjetiva).

Por fim, Lenio Streck registra a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação, dizendo que os princípios não são apenas “mandados de otimização” e na verdade limitam o intérprete:

Eis aqui a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete.⁸⁵

O autor prossegue dizendo que não há que se “ponderar valores” e que a proporcionalidade deve ser o nome “dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”. Na verdade, tanto para princípios como para regras “não há possibilidade de extrair analiticamente de enunciados qualquer sentido”.⁸⁶ Mais uma vez, a dificuldade de interpretação não está na diferença entre princípios e regras, mas na inexistência de norma no texto em si, lembrando que existe o texto normativo e o contexto fático em que se insere.

Por fim, há inadequação da ponderação, segundo Lenio, pois essa “acaba por repetir (...) a ideia de subsunção”⁸⁷.

84 STRECK, Lenio Luiz. **O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermass-
verbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal:** Superan-
do o ideário liberal-individualista-clássico. Extraído do *site* [http://www.prr5.mpf.gov.br/
nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf](http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf) em
18.11.2012.

85 Idem.

86 Idem.

87 STRECK, Lenio Luiz. **O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (untermass-
verbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal:** Superan-

O fato é que a teoria de Lenio Streck é contra esse tipo de interpretação universalizante proposta por Ayres Britto⁸⁸, que “sequestra”⁸⁹ a realidade.

Esses métodos não são fechados e acabados, já que a doutrina hermenêutica evolui. Mas visam preservar a opção democrática do Constituinte e do legislador e dar critérios de verificação posterior e previsibilidade das decisões com base em princípios.

Entretanto, não podemos negar a condição de peso dos princípios apontada por Ronald Dworkin⁹⁰.

Para tanto, a aplicação do direito deve contar com uma noção de medida, que só pode ser aplicada no caso concreto. Essa noção se dá por meio da “proporcionalidade” e da “razoabilidade.”

Há divergência doutrinária sobre a definição e a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. José Francisco Siqueira Neto e Laís Teixeira Barbosa, Humberto Bergamann Ávila, Suzana de Toledo Barros e Virgílio Afonso da Silva fazem distinção entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Já Luís Roberto Barroso e Willis Santiago Guerra Filho utilizam os princípios como sinônimos.⁹¹

Há quem entenda, ainda, que a proporcionalidade, por exemplo, é uma regra não um princípio.⁹²

do o ideário liberal-individualista-clássico. Extraído do *site* http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 18.11.2012.

88 A esse respeito vide ADPF 130/2009. STF. Pleno. Reclamação 9428/DF. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgamento 10.12.2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe 116. Divulgação 24.06.2010. Publicação: Ement; Vol 02407-01; pp 00175. Extraído do *site* www.stf.jus.br em 21.11.2010.

89 Expressão utilizada por Lenio Streck em STRECK, Lenio Luiz. A Crise Paradigmática no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Coordenadores NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. PP. 203-228.

90 DWORKIN, Ronald. Tradução. BOEIRA, Nelson. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. PP 33-42.

91 BARBOSA, Laís Teixeira; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade na “Common Law” e na “Civil Law”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Julho-dezembro 2011. pp 227-244. Nota de rodapé nº 3. P 228. Extraído do *site* <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/124.pdf> em 17.11.2012.

92 Nesse sentido SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. PP. 168-169.

Mesmo para quem distingue os princípios, como José Francisco Siqueira Neto e Laís Barbosa, ambos podem ser conjuntamente considerados para a análise judicial de atos do poder público:

Razoabilidade e Proporcionalidade, mais uma vez evidencia-se, não possuem semelhança conceitual, embora devam ser conjuntamente consideradas para a análise de decisões judiciais ou administrativas ou mesmo de atos da iniciativa privada. A Razoabilidade incide na relação entre a medida e a pessoa que a ela será subjugada, correspondendo, portanto, numa análise de suas características pessoais e das consequências subjetivamente consideradas da medida que a ela será destinada. A Proporcionalidade, de outra sorte, incide sobre a relação entre uma medida e sua finalidade, donde advêm seus elementos estruturais que devem ser subsidiariamente examinados.⁹³

Ou seja, tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade têm intrínseca a ideia de medida, sendo que a proporcionalidade tem a relação com a finalidade do ato e a razoabilidade com a pessoa que será afetada pela decisão.

Mesmo entre os críticos da teoria da argumentação, que entendem a proporcionalidade de maneira distinta, a ideia de medida, ou “proibição de excesso”. fica clara, como vemos no seguinte comentário de Lenio Streck:

Ao invés da proporcionalidade – que acaba sendo utilizada como uma panacéia⁹⁴ para resolver “qualquer problema”, parece mais indicado utilizar as suas duas “faces”: a proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).⁹⁵

Para Virgílio Afonso da Silva, o judiciário deverá avaliar se a medida do poder público, seja uma lei, seja um ato administrativo, é “adequada”⁹⁶ à sua finalidade jurídica.

93 BARBOSA, Laís Teixeira; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade na “Common Law” e na “Civil Law”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). Julho-dezembro 2011. pp 227-244. Nota de rodapé nº 3. P 228. Extraído do *site* <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/124.pdf> em 17.11.2012.

94 Grafia antes do acordo ortográfico mantida no original.

95 STRECK, Lenio Luiz. **O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico**. Disponível em: http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf em 17.11.2012.

96 Para Virgílio Afonso da Silva “Quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito

Portanto, não mais podemos dizer que a subsunção de uma regra universalmente válida por um raciocínio dedutivo seja a única forma pela qual a interpretação jurídica opera.

Assim, se não é esse método que garante a integridade e a coerência do direito, cada vez mais o judiciário deve se preocupar com uma leitura coerente e racional do direito, dando uma sistematicidade previsível ao corpo jurisprudencial.

O Direito tem cada vez mais uma interpretação vinculada ao caso concreto. Todavia, no caso concreto, utilizam-se padrões objetivos, como os princípios, que devem respeitar sua cultura construtiva, não podendo ser utilizados para justificar qualquer interpretação, como se não tivessem nenhum significado e estivessem à disposição do intérprete. Se o texto não é sinônimo de norma, a interpretação não pode ignorar o texto, como se a Constituição ou a legislação fossem meras sugestões ao juiz.

De acordo com Streck, a Constituição deve ser o guia dos juristas, por isso, a teoria seria “preocupada com a democracia e os direitos fundamentais deve ser a de concretizar a Constituição”. Repelimos, assim, qualquer decisionismo ou voluntarismo, pois a “interpretação do direito é incompatível com “graus zeros de sentido”.”⁹⁷

Para dar sentido aos princípios constitucionais, precisamos ter em vista sua construção de significado pela doutrina e pela jurisprudência, pois as palavras não podem ser utilizadas de acordo com o sentido que o intérprete *quer* lhes dar. Por isso é que Streck critica, por exemplo, a posição do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg em EREsp n.º 279.889-AL, que tem uma visão bem particular da função do judiciário: “Não me importa o que pensam os doutrinadores” (...) Ninguém nos dá lições”⁹⁸.

fundamental. Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, significa iniciar com uma primeira indagação: A medida adotada é adequada para ‘fomentar a realização’ do objetivo a ser perseguido?”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pp 169/170.

97 STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**. Vol 1. Nº 1: Julho, 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/index>. em 04.12.2012.

98 STRECK, Lenio Luiz. Opus cit.

Se os sentidos não estão à disposição do intérprete, é evidente que esse deve satisfazer à população sobre o sentido corrente dos conceitos jurídicos, deve também deixar claros os critérios utilizados na decisão para que se possa prever suas decisões futuras.

Para tanto, cada vez mais é importante uma adequada fundamentação, obrigatória nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal, sob pena de não se verificar corretamente as razões de decidir do órgão judiciário e de impossibilitar a verificação do atendimento da Constituição ao caso concreto, bem como prever os julgamentos futuros.

A fundamentação é o que garante o chamado *accountability* das decisões judiciais⁹⁹ e a previsibilidade tão desejada para a segurança jurídica.

Assim, o que garante a legitimação da decisão é o fundamento na decisão da maioria representativa, como a Lei ou a Constituição. As razões de fundamentação, portanto, continuam sendo da autoridade legítima, justificando-se o Tribunal não eleito com razões da decisão política.

Assim, se não mais temos uma segurança jurídica garantida pela subsunção, é na fundamentação das decisões judiciais que se deve buscar a coerência, a integridade do sistema e a segurança jurídica.

DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO

Outro questionamento pertinente com relação ao ativismo judicial é o da ausência de legitimidade democrática do judiciário, que não é eleito.

De acordo com a definição de Norberto Bobbio,¹⁰⁰ legitimação é o mínimo consenso social que assegura a obediência da população sem que seja necessário recorrer à força, a não ser como exceção.

99 A esse respeito vide Leandro Corrêa de Oliveira. **A tensão entre democracia e constitucionalismo sob a Perspectiva da decisão jurídica (e a construção dos Sentidos)**. Disponível em: http://www.fadiva.edu.br/Documentos_posgraduacao/materiaispos/leandro/Artigo-fundamentacao-das-decisoes.pdf em 04.12.2012.

100 BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 12. ed. BSB: UnB, 2002

Como já referido, os Estados ocidentais no pós-guerra tendem a encontrar como justificativa do poder a Democracia, a lei como expressão da vontade geral¹⁰¹, como vemos nas Revoluções Liberais, francesa e americana¹⁰² e no pós-guerras.¹⁰³

No entanto, para a própria manutenção da democracia, são necessárias regras contramajoritárias. Platão acredita que a liberdade absoluta da democracia e a falta de respeito hierárquico torna os subalternos mandantes e os mandantes subalternos em uma cultura de desobediência. Com o tempo, a falta de respeito às Leis escritas e não escritas faz com que os cidadãos não tenham nenhum senhor. Conclui Platão que a democracia seria a origem da tirania.¹⁰⁴

A Democracia é a forma de governo que torna o Estado mais eficiente, justo, transparente e apto a promover o desenvolvimento humano e a paz.¹⁰⁵

101 Artigo 6^a da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1793: "Art.6^o. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos." Disponível em <http://educacao.uol.com.br/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.jhtm> em 27.04.2011.

102 Interessante notar que o preâmbulo da Constituição Americana deixa claro que é o próprio povo quem a promulga e não seus representantes: "Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América." <http://www.braziliantranslated.com/eu-acon01.html>

103 O artigo XXIV da Declaração Universal de Direitos Humanos tem o seguinte teor: Artigo XXIV (...) 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Disponível em: <http://www.braziliantranslated.com/eu-acon01.html> em 30.04.2011.

104 No Livro VIII de A República, a timocracia se converte em oligarquia, quando prevalece a satisfação pessoal por riquezas na política (552 d até 554 e) , que por sua vez se converte em democracia pela chacina dos ricos pelos pobres (556 d a 557 e) que acaba se convertendo em tirania (563 a até 564 e). PLATÃO (trad. G. Guinsburg). **A República**. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1965. pp. 155-173.

105 Robert Dahl acredita que a democracia apresenta como conseqüências evitar a tirania, promover direitos essenciais, a liberdade geral, a autodeterminação, a autonomia moral, o desenvolvimento humano, a proteção dos interesses pessoais essenciais, a igualdade política, a busca pela paz e a prosperidade. DAHL, Robert; tradução SIDOU, Beatriz. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2009 (reimpressão). pp. 57-81. Não se nega a importância da democracia, contudo, por vezes a democracia formal não é suficiente para evitar a ascensão de regimes autoritários.

A legitimação pelo procedimento democrático, que promove a aceitação racional dos envolvidos na decisão política, pode ser encontrada em Habermas¹⁰⁶. O foco passa a ser o procedimento e não o conteúdo do que é produzido.

John S. Dryzek¹⁰⁷ foca-se na análise dos discursos, entendendo que uma boa democracia exige a livre competição de discursos na esfera pública, que deve nortear as decisões.

Assim, no âmbito do poder judiciário, que é palco de importantes decisões políticas, mesmo que exista um *deficit* representativo, já que não há eleição direta dos seus membros, procuramos legitimar o procedimento com maior abertura às ideias presentes na esfera pública.

Nesse sentido, o judiciário tem implementado diversas formas de participação da sociedade civil, como nas audiências públicas, por exemplo, as audiências públicas prévias ao julgamento da ADPF 54, sobre a interrupção da gestação no caso de anencefalia.¹⁰⁸

Outra abertura significativa foi a introdução da figura do "*amicus curiae*," prevista na Lei 9.868/99.

Como vemos, a legitimação democrática se preocupa principalmente com a forma das decisões e como forma de aferir a vontade coletiva. O conteúdo das

106 A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos o sentido performático da prática de autodeterminação dos membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral. (...) o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de 'todas' as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento) das quais depende a legitimidade das leis. (...) o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já que garantido em seus pressupostos comunicativos. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. volume I. pp. 145-146.

107 DRYZEK, John S. Legitimidade e Economia na Democracia Deliberativa. In: **Participação e Deliberação: Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo** - COELHO, Vera Shattan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed. 34, 2004. pp 41-62.

108 Citado por BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Extraído de <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> em 20.05.2012.p. 21.

decisões jurídicas não pode ser predeterminado, sob pena de arbítrio.

Contudo no Direito contemporâneo, a forma desvinculada de conteúdo é suficiente? A legitimação procedimental seria capaz de evitar abusos a Direitos Humanos, como a chamada Ditadura da Maioria¹⁰⁹? Por fim: há lugar no Direito contemporâneo para limites à decisão democrática?

Esse debate envolve a antiga questão entre sofistas e filósofos gregos a respeito. Para os filósofos, a busca pela verdade era a busca pelo Uno¹¹⁰ e leis imutáveis. Já a atividade dos sofistas se fundava na multiplicidade, seja nas opiniões culturais e na legitimação pela discussão na esfera pública (Ágora).

A ideia de regras imutáveis é ancestral na cultura grega. Têmis não é propriamente uma deusa, mas um Titã, que precede aos deuses. Ou seja, fica clara sua origem ainda mais ancestral remontando a um passado longínquo da cultura grega.

Themis é ligada ao destino, portanto ao imutável e à impotência humana face aos desígnios divinos.¹¹¹

A lei aqui é ligada à justiça universal e à sabedoria ancestral, não à Lei humana e contingente. Themis pode ser identificada como a tradição cultural antiga e mítica da Grécia, ou mesmo com a tradição cultural dos povos.

Não podemos mais falar em legitimação religiosa do Direito, contrária ao atual Estado Laico e multicultural.

No entanto, para a garantia da segurança jurídica e para evitar a volta do totalitarismo e violações aos Direitos Humanos, o Direito contemporâneo alguns

109 Temor de John Locke. A respeito NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: uma introdução. In: **Participação e Deliberação: Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. COELHO, Vera Shattan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). São Paulo: Ed 34, 2004. p 35.

110 PLATÃO (trad. G. Guinsburg). **A República**. 2. ed. São Paulo: Difusão européia do livro, 1965. - 534b.

111 At the same time, however, Homer preserves the tradition of the primal Mother-Goddess under the guise of "Fate." It is she who rules the universe and whose power binds both humans and gods. The primal Mother-Goddess is still preserved in Homer. Her power, if ignored or challenged, brings retribution. Thus, Themis/Dike represents a force higher than the law, and higher even than the decisions of the gods. GIANCOLA, Donna Marie. **Justice and the Face of the Great Mother (East and West)**. Disponível em [http://www.al-qiyamah.org/pdffiles/justice_and_the_face_\(bu.edu\).pdf](http://www.al-qiyamah.org/pdffiles/justice_and_the_face_(bu.edu).pdf) em 30.04.2011.

valores devem imutáveis. Eis o papel do Constitucionalismo, que para a Professora Monica Herman Salem Caggiano traduz-se numa limitação às gerações futuras.¹¹²

Mesmo que permaneça a lógica da legitimação pelo procedimento e pelo discurso jurídico, integrado pela lógica democrática, o Direito ocidental contemporâneo exige certos valores imutáveis associados à ideia de justiça, limitadores da própria democracia, que não pode se tornar ditadura da maioria.

Pela via da democracia e do devido processo legal, alguns discursos radicais podem prevalecer, como ocorreu no nazifascismo. Mesmo que argumentemos em teoria que a democracia deliberativa impede a ascensão de discursos radicais¹¹³ excluídos pela participação de todos e racionalidade do discurso, na prática ainda não podemos excluir os direitos inatingíveis do cidadão e as normas imutáveis de organização do Estado sem o perigo da volta de autoritarismos.

No pós-guerra os chamados Direitos Humanos tiveram de ser construídos, ou reconstruídos de acordo com Celso Lafer¹¹⁴.

Segundo Celso Lafer,¹¹⁵ o jusnaturalismo do século XVIII tende a ver o Direito como uma ciência demonstrativa e puramente racional, livrando-o da argumentação política como um “certum passível de axiomização”. Essa ideia é reforçada pelo conceito de sistema. Tínhamos a convicção de que, por meio da razão, poderíamos alcançar uma classificação universal, completa e imutável do direito, puramente lógica. O discurso é apenas monolítico e a justiça universal é afastada da fundamentação do direito.

Ainda, de acordo com Lafer, a escola da exegese do século XIX, apesar de entender o direito como norma positivada e não mais como Direito Natural, ainda entende o direito como um sistema puramente racional e apartado da política. O juiz deve ser “a boca da Lei” e a interpretação deve ser meramente silogística.¹¹⁶

112 CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia X Constitucionalismo – um navio à deriva? **Cadernos da Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo**. Nº 1, 2011. P. 19-20.

113 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

114 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. 7ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 (Reimpressão - 2009).

115 Ibid. p. 277- 279.

116 Ibid. p. 279- 283.

O descompasso entre a norma positiva e a realidade social leva pensadores como Jhering, Gény, Homes e Pound a pensarem o Direito e a hermenêutica voltados para a finalidade da norma.

Essa lógica não impediu que o nazismo construísse, de acordo com Ch. Perelman, um Estado criminoso que positiva leis para finalidades injustas.¹¹⁷

Ao final, pela leitura de Hannah Arendt, Celso Lafer ressalta a importância de ver na cidadania o direito a ter direitos. Ressalta que a igualdade não é dada, como querem os liberais, mas construída por meio da convivência coletiva. Nessa medida, reafirma a importância do acesso ao espaço público¹¹⁸.

No entanto, verificamos que o livre acesso aos espaços públicos e o pressuposto de direito a ter direitos dos cidadãos pressupõem que alguns valores universais sejam mantidos, evitando-se a volta ao arbítrio. Celso Lafer conclui, por exemplo, que deve ser crime contra a humanidade o genocídio¹¹⁹, punível universalmente qualquer que seja a legislação do Estado (*nomos patrios*).

Nos modernos sistemas coloca-se a pessoa como centro dos ordenamentos, impedindo-se que, por alguma lógica supostamente incontestável, excluamos o valor do indivíduo.

O Direito contemporâneo, assim, não prescinde de Têmis - valores imutáveis, carecendo da sustentação em valores de justiça imutáveis, garantindo direitos fundamentais e a estabilidade do sistema.

Essa necessidade de positivação das normas fica clara quando surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, atendendo às necessidades do discurso social, presente na esfera pública internacional na época. A norma posta se torna um discurso monológico, necessário à segurança jurídica.

Dentro do Estado Nacional, mesmo diante do clamor Democrático, as Constituições modernas ainda mantêm um núcleo imutável, as chamadas cláusulas pétreas, inalteráveis, sob pena do colapso de todo o sistema estatal. A

117 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Harendt. 7ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 (Reimpressão - 2009). p. 283.

118 Ibid. pp. 299-399.

119 Idem.

própria democracia é protegida por essas cláusulas que impedem a instalação de regimes autoritários, a violação aos direitos fundamentais e as alterações na estrutura do estado e nas normas primordiais de seu funcionamento.

Essa discussão foi travada recentemente no caso da Lei da Ficha Limpa, no julgamento do Recurso Especial 633.703.

A Lei da Ficha Limpa foi levada ao Congresso por iniciativa popular e seu texto pretende aplicabilidade imediata.

O texto do artigo 16 da Constituição Federal Brasileira, cláusula pétrea, dispõe que a lei que alterar o processo eleitoral só terá aplicação à eleição que ocorra após um ano de sua vigência.

Esse artigo constitucional tem por objetivo evitar que a regra do jogo seja alterada durante o processo eleitoral, garantindo-se a segurança jurídica, a confiabilidade da população na transição democrática e que os partidos possam se organizar previamente.

No voto do Ministro Luiz Fux, para o debate entre o clamor da democracia, que pretende que a lei valha já para o ano da eleição e a necessidade de respeitar, a segurança jurídica fica clara.

E no teor do voto sentimos a necessidade de se garantir a segurança jurídica, a confiabilidade e a estabilidade do Direito, nas palavras do Ministro:

(...) o melhor dos direitos não pode ser aplicado contra a CF (...) A Lei da ficha limpa é a Lei do futuro, é a aspiração legítima da sociedade brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente em homenagem à Constituição Federal que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que proteja a nossa família e o berço dos nossos filhos (...) e contempla o túmulo dos nossos antepassados.

Assim, a própria democracia exige a manutenção de certas regras que visam à estabilidade social, as quais funcionam como freio à regra de maioria.

Nesse sentido, o judiciário, independente e atrelado aos fundamentos constitucionais, continua sendo imprescindível.

Como tem um caráter nitidamente contramajoritário e de controle de legalidade, a eleição direta de seus membros seria incompatível com sua função. Mesmo assim, como vimos, o fundamento de validade das decisões judiciais ainda é o sistema político representativo majoritário.

CONCLUSÃO

Para garantir a efetividade das decisões postas pelo sistema majoritário legislação e constituição, para Lenio Streck, o problema está na discricionariedade na interpretação.¹²⁰

Por mais que os conteúdos sejam fluidos, o judiciário deve procurar dar um sentido coerente aos princípios e com fundamento se vincular às próprias decisões como garantia de segurança jurídica.

Ainda para Lenio Streck, os Tribunais devem ter critério ao negar aplicabilidade à lei, fazendo-o somente com declaração de inconstitucionalidade completa, ou parcial - métodos de inconstitucionalidade sem redução de texto, entre outros.

Além de uma cultura de apreço à opção do legislador e do constituinte, o judiciário, fundamentação adequada das decisões judiciais, constitui meio para garantir a coerência e a integridade do sistema, além da segurança jurídica.

Fora correções interpretativas e de conduta dos Tribunais, não há como retroceder na questão da ampliação do papel do judiciário na efetivação de direitos fundamentais, estabelecidos na forma de princípios. Não há também como retroceder em relação à ampla competência do judiciário.

120 STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?** Disponível em: www.univali.br/periodicos em 20.05.2012.