

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN

YURI COSTA VALLE

**DISCUSSÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL: AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES?**

NATAL/ RN

2014

YURI COSTA VALLE

**DISCUSSÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL: AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES?**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito, em cumprimento às exigências legais como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 22 de Julho de 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior (Orientador)

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof. Me. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof. Me. Carlos Sérgio Gurgel da Silva

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos familiares por todo apoio durante a realização do trabalho e aos professores pelos conhecimentos transmitidos.

Dedico este trabalho a ajuda de todos que contribuíram para que fosse possível.

“Quando se olha muito tempo para um abismo, o abismo olha para você.”

Friedrich

Nietzsche

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
....	11
1 ATIVISMO JUDICIAL	
.....	14
1.1 As Origens do Fenômeno	
.....	14
1.2 Sua Conceituação e Fundamentos Jurídicos	
.....	19
1.3 Jurisdição no Estado Democrático de Direito	
.....	21
2 A CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO: AFRONTA A SEPARAÇÃO DE PODERES?	
....	25
2.1 A Perspectiva do Modelo Positivista de Direito	
....	25
2.2 Constituição: sua Pretensão de Eficácia	
.....	31
3 O DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	
.....	37
3.1 A Perspectiva Tópica no Direito	
.....	37
3.2 Os Princípios Constitucionais: entre a Técnica e a Ética	
.....	41

CONCLUSÃO

..... 52

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

..... 56

ABSTRACT

State, Right, Constitution and Democracy, are terms that if conjugated can generate different concepts and conceptions of institutional practices which govern the society. The history had experienced the influence of many State models, like the Absolut State and the Liberal Right State. Actually the concept of Democratic Constitutional State is on his realization path. In times like these, it's natural the emergence of controversies about the establishment of the new forms at edification. In this context, this work address under the problem about the stability of Separation of Powers doctrine against the new interpretation posture adopted by the Courts addressing the difference between two nowadays influential Law models and the concepts of normativity, democracy, Constitution and, evidently, the configuration of the Separation of Power Principle corresponding to each one. Furthermore, the realization of an analysis about the normativity theory reveals the constitutional principles reasoning how the juridical interpretation uses them safeguarding the separation between the Judicial and Legislative Powers. The analysis points, too, for the change in the relation between the juridical texts and the interpreter that reflects the way Law is practiced.

Key Words: Judicial Activism; Separation of Powers; Constitution; Juridical Principles.

RESUMO

Estado, Direito, Constituição e Democracia, são termos que, se conjugados, podem gerar conceitos e concepções variados das práticas institucionais que governam a sociedade. A história experimentou a influência de vários modelos de Estado, tais como o Estado Absolutista e o Estado de Direito Liberal. Atualmente, o conceito de Estado Constitucional Democrático de Direito encontra-se em vias de realização. Em épocas como esta, é natural o surgimento de controvérsias a respeito do estabelecimento dos novos modelos em edificação. Neste contexto, o trabalho debruça-se sobre o problema relativo à estabilidade da doutrina da Separação dos Poderes diante da nova postura de interpretação adotada pelos Tribunais, abordando a diferença entre dois modelos de Direito bastante influentes na atualidade e os conceitos de normatividade, democracia, Constituição e, evidentemente, a configuração do Princípio da Separação de Poderes correspondentes a cada um. No mais, a realização de uma análise sobre teoria normativa revela a categoria dos princípios constitucionais, demonstrando como a interpretação jurídica utiliza-os, salvaguardando a separação entre os poderes Judiciário e Legislativo. A análise aponta, também, a mudança na relação entre os textos jurídicos e o intérprete que reflete no modo como o Direito é praticado.

Palavras Chave: Ativismo Judicial; Separação de Poderes; Constituição; Princípios Jurídicos.

1. ATIVISMO JUDICIAL

Tema bastante polêmico que abarca discussões a respeito da natureza da relação entre Direito, Estado e sociedade, bem como perspectivas metodológicas para o trabalho de interpretação constitucional, e vem despertando cada vez mais a atenção dos juristas por implicar uma mudança radical no exercício de sua profissão. O fenômeno faz parte de uma tendência mundial de reformulação no modo de praticar e pensar o Direito. Neste capítulo serão tratadas as suas origens e definição.

1.1 AS ORIGENS DO FENÔMENO

O período histórico que o saber e a prática jurídica atravessam no momento é marcado por discussões de alto nível intelectual que despontam a Constituição como alicerce para construção de um novo Direito, mais adequado aos tempos modernos. Dentro desse conjunto, um tema que vem tomando atenção é o denominado Ativismo Judicial.

O Ativismo vem sendo adotado como solução para um modelo esgotado de política estatal centrado no paradigma político majoritário caracterizado pelo exercício exclusivo das decisões políticas no âmbito da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. O ativismo faz parte de uma postura que promove um giro político-jurídico em que o poder Judiciário adquire a capacidade institucional de participar ativamente do destino político traçado pelo Estado Democrático de Direito. Tal posicionamento afeta a Teoria do Direito radicalmente e, obviamente, não será plenamente aceito sem maiores complicações. Conforme assevera Anderson Vichinkeski Teixeira¹

Tais complicações vão muito além da Teoria do Direito e da Hermenêutica Jurídica – âmbitos teóricos em condições de enfrentar plenamente o tema da criação judicial do Direito: atingem a Política e a sua capacidade de legitimamente atender aos clamores populares na busca do bem comum. O ativismo judicial representa, em última instância, a *deslegitimação* da Política em relação a sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade.

¹ TEIXEIRA, A. V. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. São Paulo, v. 8, nº 1, Jan./Jun. 2012. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/ativismo-judicial-limites-entre-racionalidade-juridica-decisao-politica>>. Acesso em: 15 out. 2013

O advento de tais mudanças estruturais na relação entre o Poder Judiciário e Legislativo é acompanhado do surgimento de Cortes Constitucionais² nos Estados Democráticos como resposta à nova importância que as constituições passaram a assumir no ordenamento jurídico. Portanto, obviamente, não se pode deixar de abordar o tema na perspectiva do princípio da Separação dos Poderes, já que está inserido essencialmente nos alicerces teóricos de qualquer Estado político que se promova no seio da sociedade como Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a temática só ganhou destaque com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que conferiu missão constitucional ao Poder Judiciário, empurrando-o a uma atuação mais presente no seio da sociedade, mediante a participação no processo de determinação dos direitos, a partir do momento que questões políticas passaram a ser discutidas em juízo, podendo ser levantadas nos tribunais pela via do *fórum do princípio*³.

A origem histórica desta postura remonta aos Estados Unidos, mais precisamente na decisão *Lochner v. New York*. Conforme Anderson Vichinkeski⁴

(...) a Suprema Corte daquele país entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. No caso em tela, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser “irrazoável, desnecessária e arbitrária” tal limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar aquilo que veio a ser chamado de “Era Lochner” (1897-1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela Corte.

Ronald Dworkin, que discorreu sobre o direito no pós-guerra, relata que⁵

² As cortes constitucionais são os órgãos encarregados pelo juízo de conformação da legislação e interpretação com a Constituição. Dentro deste escopo as cortes agem com o desígnio de atribuir efetividade a Constituição. Cabem a elas a última palavra a respeito da interpretação do Direito.

³ O acréscimo deste elemento à Teoria do Direito é responsável por introduzir mudanças significativas nas concepções nos âmbitos da Teoria de democracia e do estado.

⁴ TEIXEIRA, A. V. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. São Paulo, v. 8, nº 1, Jan./Jun. 2012. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/ativismo-judicial-limites-entre-racionalidade-juridica-decisao-politica>>. Acesso em: 15 out. 2013

⁵ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Página 41.

A Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei. Sobre esse argumento simples e forte, John Marchal constituiu a instituição da revisão judicial da legislação, uma instituição que é, simultaneamente, o orgulho e o enigma da doutrina jurídica norte-americana.

A origem jurídica do fenômeno encontra-se, portanto, no seio do próprio constitucionalismo moderno. A Constituição Federal Brasileira, no dispositivo localizado no seu artigo 1º, traça os contornos do Estado Democrático de Direito, definindo como um dos seus princípios fundamentais a Dignidade da Pessoa Humana e elege no parágrafo único a forma democrática como regime de governo. Desse modo, coloca a dimensão humana no centro das preocupações das relações de poder que são exercidas pelo Estado. Gabriel Chalita observa que⁶:

Uma visão contemporânea do direito no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 impulsiona o estudioso do direito a entender o processo hierárquico com base em elementos fundantes e fundados. O elemento fundante do processo constitucional é a dignidade da pessoa humana. A mola primeira, propulsora para a compreensão de todo o restante do sistema constitucional e do sistema infraconstitucional.

Nesse contexto, o exercício democrático do poder político é medido tomando como padrão a efetivação dos direitos fundamentais e está ligado sensivelmente à normatividade constitucional. Conforme Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz⁷,

A supremacia constitucional, portanto, resulta do fato de que, ao transformar Direito e política em fenômenos de mútua implicação, a Constituição representa uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, que estrutura juridicamente o Estado por meio das funções pelas quais ele atua e estabelece solenemente os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais.

A difusão deste modelo de Estado, do qual o ativismo judicial é um dos aspectos práticos mais imediatamente perceptíveis, na forma de controle de constitucionalidade realizado pela jurisdição constitucional, em que as decisões proferidas têm um espaço

⁶ CHALITA, Gabriel. Heurística e direito. In: BOULCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Página 232.

⁷ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Página 100.

normativo de produção de Direito, representa o fracasso histórico do modelo teórico positivista. Sobre o assunto, pronuncia-se Chaim Perelman⁸:

As concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador.

O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo que é subjetivo, portanto arbitrário.

O conhecimento histórico do período Nazista atesta que as barbáries cometidas contra a vida estavam acobertadas por um Estado (legalista) de Direito com a existência *prima-facie* da Separação de Poderes, em que o modelo adotado não considerava que questões a respeito da substância dos Direitos deveriam ocupar o pensamento dos juristas. Discussões técnicas sobre construções legais eram realizadas dentro da normalidade jurídica, enquanto genocídios eram perpetrados impunemente pelas próprias autoridades alemãs. Eric Voegelin, contemporâneo e crítico da mentalidade alemã durante o período nazista, escreveu que⁹

O fato de que essas proposições, que se aprendem tão bem e se tem de seguir, também tenham de ser decretadas por alguém é um problema que não está no horizonte do mundo legal das idéias na Alemanha. Aqui está o problema político. Pois se eles concordam uma vez, emocional e psicologicamente, em viver num *Rechtsstaat* e são obrigados como cidadãos obedientes do *Rechtsstaat* a fazer o que as leis mandam, e se a questão acerca de quem faz a lei é eliminada, então de novo tendes a situação de desmoralização ao modo ralé, que não se interessa pelas perguntas: onde encontramos ordem? Quais são os conteúdos da lei e o que eles ordenam? Onde estão os critérios de justiça? Quão longe se pode permitir o cálculo do erro? Então, contra a situação positivista do jurista que aplica a lei de cuja criação ele mesmo não participou, e se submete incondicionalmente às autoridades que a promulgaram, é psicologicamente impossível rebelar-se se o conteúdo da lei positiva, ou seja, das leis, é criminoso.

⁸ PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Página 91.

⁹ VOEGELIN, Eric. Hitler e os Alemães. São Paulo: É Realizações, 2008. Página 287.

No período do segundo pós-guerra surgiu, conseqüentemente, de forma universal, a necessidade de positivação dos Direitos Humanos, a fim de que fossem efetivamente observados. Hildebrando Accioly ensina que¹⁰

A Declaração Universal de 1948, bem como os instrumentos subsequentemente adotados, no contexto da ONU, inscrevem-se no movimento de busca de recuperação da dignidade humana, após os horrores cometidos pelo nazifacismo, mas sobretudo se dá a mudança no enfoque, quanto a ser estabelecimento de sistema de proteção dos direitos fundamentais intrinsecamente internacional. Todo o sistema se constrói a partir de tal premissa.

Anteriormente à Declaração Universal dos Direitos Humanos a história registra a ocorrência de três declarações de Direitos Humanos supralegais que se destacaram no âmbito internacional, a Declaração Inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), a Declaração Norte-americana de Independência e a Declaração Francesa sobre os direitos do homem e do cidadão, de 1789. Aliado a estes fatores históricos pode-se listar a tradição de direito anglo-saxão como percussores do fenômeno do ativismo judicial. No direito anglo-saxão os precedentes judiciais têm importância central tanto quanto a atuação dos juizes na determinação dos direitos individuais. Este modelo demonstrou historicamente sua superioridade na proteção e promoção desses direitos. Voegelin descreve o modelo da seguinte maneira:¹¹

Nos países anglo-saxônicos temos uma problemática da lei completamente diversa, uma vez que a lei é tradicionalmente feita pelo juiz: ou seja, o juiz e, num alto grau, os órgãos administrativos, desde que existam administrações, criam a lei. Então, eles próprios são responsáveis pelo conteúdo da lei que está sendo aplicado no caso concreto. Esse tipo de sistema legal é encontrado em seu mais alto grau na instituição da Suprema Corte, como na América, onde os juizes, de uma maneira muito independente e com base em ideias não muito diferenciadas acerca do que requer a justiça, controlam as leis e depois desenvolvem a Constituição num modo legalmente criativo, restringindo ou ampliando os precedentes, interpretando as leis como inválidas ou válidas, e assim por diante.

A disparidade entre esses dois modelos demonstra que o Direito sempre foi um campo do conhecimento prenhe de embates teóricos sobre seus mais diversos aspectos. Mesmo durante o período compreendido pelo positivismo jurídico nunca houve consenso sobre o que significa precisamente o Direito.

¹⁰ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 451.

¹¹VOEGELIN, Eric. Hitler e os Alemães. São Paulo: É Realizações, 2008. Página 287

1.2 SUA DELINEAÇÃO CONCEITUAL E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O fenômeno do ativismo judicial faz parte de um contexto mais amplo de mudanças na vida política da sociedade trazidas pela Constituição de 1988, em que o judiciário apresentase inserido como nunca antes em questões nevrálgicas para a nação. Tais mudanças são caracterizadas pela assimilação constitucional de matérias sobre Direitos que antes eram deixadas ao encargo da legislação ordinária que operava pelo processo majoritário. A constitucionalização dos direitos afigura-se como o aspecto exterior do curso de transformação da relação da Política com o Direito, que é denominado de *Judicialização da Política*. Algo distinto de ativismo judicial. Nas palavras de Luís Roberto Barroso¹²:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestações 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.

Para Barroso, o “oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”¹³. O binômio encontra-se na maior parte das Democracias Constitucionais e o movimento entre as duas posições costuma pendular ao sabor da relação institucional entre os três Poderes do Estado. Embora não deva ser confundido com o fenômeno da *Judicialização*, o ativismo judicial não pode ser compreendido isoladamente, pode-se dizer que esta é uma de suas facetas. A grande inovação que o fenômeno faz é a introdução da categoria normativa dos princípios que representam escolhas de padrões políticos-morais designados a reger a vida política do Estado eleitos pela comunidade política na forma do pacto social. Tais padrões possuem densidade

¹² BARROSO, Luís Roberto. Publicação de Artigos Científicos. *Judicialização, Ativismos e Legitimidade Democrática*, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Publicação de Artigos Científicos. *Judicialização, Ativismos e Legitimidade Democrática*, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

normativa específica que abrange tanto a vida particular dos cidadãos quanto o funcionamento dos órgãos políticos que governam a sociedade.

No Estado Democrático de Direito os Direitos possuem importância central e o Poder Judiciário, dentro de certos limites, por mais controverso que pareça inicialmente sob a perspectiva do princípio da Separação de Poderes, deve atuar na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia constitucional e, para tal, deve necessariamente tomar decisões políticas em algum sentido estrito. O ministro Celso de Mello uma vez sustentou que¹⁴:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

A Constituição Federal de 1988 indica, com alguns de seus dispositivos, para esta mudança paradigmática do Direito. O próprio princípio da supremacia da Constituição requer a existência de instituições encarregadas de assegurar a normatividade constitucional frente a qualquer processo secundário de aplicação do Direito. Em nosso sistema constitucional, tal postulado encontra-se positivado no artigo 102 da Constituição Federal, a saber: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”¹⁵. O dispositivo institui a Corte Constitucional do nosso sistema jurídico. O dispositivo contido no artigo 5º que trata dos Direitos Fundamentais também é compreendido como um indicativo desta transição no campo jurídico que ocorre em compasso com o giro linguístico da filosofia.

¹⁴ Celso de Mello. Apud TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. São Paulo, v. 8, nº 1, Jan./Jun. 2012. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/ativismo-judicial-limites-entre-racionalidade-juridica-decisao-politica>>. Acesso em: 15 out. 2013

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

1.3 A JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Estado Democrático de Direito significa a existência de instituições políticas que devem reger-se pelo direito e por normas democráticas, bem como o respeito dessas instituições pelos direitos fundamentais positivados na Constituição do Estado.

Konrad Hesse levanta o problema da finalidade da jurisdição constitucional, colocando a questão se o Direito Constitucional possui força capaz de determinar as relações fáticas ou se esta é determinada apenas pelas forças políticas e sociais preexistentes. Para o autor, a Teoria do Direito ainda sofre a influência de uma concepção ultrapassada que estabelece o isolamento entre norma e realidade. Tal concepção representa a oposição positivista entre os planos do ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*), responsável pela esterilidade da Constituição do Estado e de seus Direitos Fundamentais¹⁶. Esse ponto é de importância central para a compreensão do fenômeno analisado, é o ponto de partida do qual se constrói os fundamentos do constitucionalismo moderno.

Ao almejar uma prática jurídica capaz de corresponder aos direitos fundamentais, o Judiciário deve encarar a Constituição de um modo inovador. Os juízes políticos devem aceitar, dentro de certos limites que serão expostos mais adiante, que seu trabalho envolve a atuação de forças políticas no seio da sociedade. O exercício da Jurisdição Constitucional deve abrir espaço na sociedade e imprimir conformação à realidade política mediante suas decisões concretas. Hesse assevera que¹⁷

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais e concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

¹⁶HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Parte II.

¹⁷HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Páginas 14–15.

Essa visão do papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito ainda não foi completamente esclarecida, de tal modo que ainda falta determinar precisamente a natureza de suas decisões e trabalhar a problemática do modelo de Constituição capaz de comportar tal concepção. O tema será tratado mais detidamente no capítulo seguinte.

Asseverar que os juízes tomam decisões políticas é uma afirmação bastante primária que, se não explicada apropriadamente, cria uma perplexidade muito grande diante do pressuposto essencial de qualquer Estado de Direito: o princípio da separação de poderes. Esse é o ponto crítico em que se coloca em questão a legitimidade do ativismo judicial. Preliminarmente, pode-se afirmar que a legitimidade do fenômeno justifica-se justamente porque a distinção entre poder legislativo e judiciário ainda subsiste mediante a ocorrência de modificações das concepções dos elementos tradicionais do Direito. O processo resultou no surgimento de uma nova racionalidade jurídica, porém, existindo ainda uma diferenciação entre a racionalidade política do legislador. A questão é tratada satisfatoriamente por Dworkin quando ele afirma que os juízes, inexoravelmente, baseiam suas decisões em argumentos de princípio político que dizem respeito aos direitos políticos dos jurisdicionados considerados individualmente, diferentemente dos argumentos de procedimento político, que exigem que a decisão promova alguma concepção de bem-estar geral ou interesse público particular de determinado segmento social¹⁸.

Anderson Vichinkeski trata desse momento estrutural de transição afirmando que a racionalidade jurídica considera o bem jurídico por si e a sua necessidade de proteção, enquanto a racionalidade política “encontra diversos setores da sociedade que possuem bens próprios, frequentemente conflitantes com os bens de outros setores concorrentes, e dependem da escolha política para fazer valer seus interesses.”¹⁹

Luís Roberto Barroso é bastante pertinente ao concluir que “a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa”²⁰ e

¹⁸DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Parte I, seção 2.

¹⁹TEIXEIRA, A. V. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. São Paulo, v. 8, nº 1, Jan./Jun. 2012. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/ativismo-judicial-limites-entre-racionalidade-juridica-decisao-politica>>. Acesso em: 15 out. 2013

²⁰BARROSO, Luís Roberto. Publicação de Artigos Científicos. Judicialização, Ativismos e Legitimidade Democrática, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

que, portanto, “o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.”²¹

No Estado Democrático de Direito, toda jurisdição é Jurisdição Constitucional. Todo e qualquer cidadão possui o direito de obter uma decisão conforme os ditames constitucionais dos direitos fundamentais, em qualquer grau de jurisdição. A prerrogativa de criar decisões sobre direitos e deveres jurídicos fundamentados nos padrões constitucionais é um dever de todo juiz. É algo essencial que implica a possibilidade de, caso o jurisdicionado obtenha uma decisão a qual acredita não corresponder aos seus direitos fundamentais, recorrer para instâncias judiciais mais elevadas, baseado em argumentos de teor principiológico, sem atribuir importância absoluta à dimensão da correção lógico-sistemática da decisão. Desse modo, o Estado viabiliza para o Direito um espaço necessário para interpretações construtivistas, mediante o surgimento da categoria normativa dos Princípios Jurídicos Constitucionais.

A súmula transcrita a seguir ilustra um caso típico em que a nova racionalidade jurídica é empregada pelo Superior Tribunal Federal²²:

Súmula Vinculante nº11 – Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Roberval Rocha Ferreira Filho tece tais comentários sobre a súmula²³:

O STF restringiu a utilização de algemas a casos excepcionais, reforçando que a ilicitude e o abuso no manuseio do instrumento policial devem ser penalizados civil, penal e administrativamente, por extrapolar a razoabilidade e causa constrangimento físico e moral ao custodiado ou ao preso, que, não raras vezes, tem sua imagem exposta de forma humilhante nos meios de comunicação, em flagrante violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da proteção à dignidade humana.

²¹BARROSO, Luís Roberto. Publicação de Artigos Científicos. Judicialização, Ativismos e Legitimidade Democrática, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

²² Súmula Vinculante. Data: 22.8.2008. Referência legislativa: CF/88, arts. 1º, III e 5º, III, X e XLIX. CP, art. 350. CPP, art. 284. CPPM, art. 234, § 1º. Lei nº 4.898/1965, art. 4º, a.

²³ FILHO, Roberval Rocha Ferreira; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. Súmulas do Supremo Tribunal Federal: Organizadas por assunto, anotadas e comentadas. Bahia: editora JusPODIVM, 2009. Páginas 134, 135.

Para a utilização de algemas passa a ser necessário justificção escrita da autoridade. No julgamento que levou ao enunciado, o Ministro Cezar Peluso reconheceu que o ato de prender um criminoso e de conduzir um preso é sempre perigoso e, que, por isso, a interpretação da nova regra vinculante deve ser sempre em favor do agente do Estado ou da autoridade.

A súmula unifica a interpretação sobre os diversos dispositivos que regem o tema.

2. A CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO: AFRONTA À SEPARAÇÃO DE PODERES?

Entre os desdobramentos do Neoconstitucionalismo, conforme já mencionado, o aspecto mais sobressalente é a possibilidade de criação jurisprudencial do Direito. Surgem, naturalmente, perplexidades teóricas que se instauram no arranjo institucional em vigor. Concepções antes estabelecidas de Democracia e Separação de Poderes são nitidamente abaladas com a introdução desse novo modo de exercício do poder estatal. O exercício democrático do poder, o princípio da Separação de Poderes e Direito são noções que se embasam mutuamente e se abraçam na ideia de Constituição. A problemática desenvolvida neste capítulo visa demonstrar como se concilia a prática desses conceitos dentro do novo arranjo institucional introduzido pelo fenômeno explicitado no capítulo anterior.

2.1 A PERSPECTIVA DO MODELO POSITIVISTA

Caso o procedimento utilizado para aferir as normas válidas dentro do ordenamento jurídico venha se pautar pela concepção clássica de democracia, isso representa nítida oposição ao Ativismo Judicial. Essa ideia é ilustrada por Dworkin, naquilo que ele denominou de "o argumento da democracia". A saber,²⁴

Por que é errado os juízes tomarem decisões políticas do tipo que digo que a concepção centrada nos direitos exige que tomem? Para muitos, um argumento parecerá decisivamente contrário a decisões judiciais políticas: as decisões políticas, segundo esse argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira. Esse princípio aplica-se a todas as decisões políticas. Inclusive à decisão de quais direitos os indivíduos têm e quais destes deve ser possível impor judicialmente. Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao *aplicar* a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas ocorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular.

Nessa perspectiva, a concepção clássica da Separação de Poderes aparece como um obstáculo. O modelo de Direito correspondente debruça-se sobre a doutrina do Positivismo

²⁴DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Página 17.

Jurídico que dominou a prática dos juristas durante um longo período histórico e se apresentou sob diversas roupagens. Este capítulo pretende lançar uma crítica ao positivismo baseando-se na Teoria Pura do Direito para demonstrar que o ativismo judicial não apresenta uma ameaça à integridade dos princípios da Separação de Poderes nem à Democracia.

O argumento visa favorecer uma teoria de democracia que funciona pelo viés majoritário de distribuição de poder político, acreditando que esse é o melhor e único modo de legitimação e tomada das decisões de que direitos os indivíduos possuem. A produção normativa caberia exclusivamente ao poder legislativo enquanto a prestação jurisdicional ficaria encarregada apenas em julgar as lides de acordo com o significado histórico das leis imprimido previamente pelos legisladores. A democracia estaria garantida uma vez que os legisladores seriam eleitos pelo povo através do voto e expressariam a vontade destes pela força da maioria das opiniões em maior representação no órgão legislativo. A vontade geral ou vontade do legislador é, assim, um dos postulados fundamentais do positivismo.

Esse arranjo institucional da relação entre judiciário e legislativo representa, conforme salienta André Cambuy Ávila, a reação ao regime absolutista e ascensão do novo regime liberal que o seguiria. A divisão dos poderes surgiu com o propósito de evitar a tirania e limitar a atuação estatal sobre as liberdades individuais. O primeiro momento da vida do Estado moderno é caracterizado por uma separação absoluta entre seus três poderes. André Cambuy declara que²⁵

(...) a clássica teoria da separação coloca a estrutura organizacional do Estado de tal forma que o legislativo termina por assumir uma clara posição de supremacia sobre os demais ao mesmo tempo em que o judiciário acaba por se tornar um poder nulo, “a boca da lei”, mero aplicador do silogismo fato *versus* norma em razão do princípio da legalidade, a par da referências sociais, éticas ou políticas, ou vinculados a qualquer sentido de justiça como se espera atualmente dos magistrados na atuação do seu *mínus* público.

O modelo político de Estado exerce influência direta na teoria constitucional e jurídica. É necessária uma análise do modelo de Direito correspondente ao Estado, assim concebido para proporcionar maior clareza à discussão.

²⁵ ÁVILA, André Cambuy. Publicação de Artigos Científicos. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária, Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/701/479>>. Acesso em: 10 out. 2013.

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen considera e procura explicar/caracterizar o fenômeno jurídico em toda sua envergadura como autônomo a elementos extrajurídicos como a política, justiça e moral. Ele a descreve da seguinte maneira²⁶:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretenda liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

A teoria fornece, desse modo, uma teoria da interpretação e uma teoria de fundamentação do ordenamento jurídico, desvinculados de qualquer apoio institucional aos valores. A questão da validade na teoria será debatida aqui visando esclarecer o sentido que a Constituição assume para Kelsen, possibilitando analisar o seu modelo de prestação jurisdicional.

Kelsen compreende o ordenamento jurídico como um sistema de normas que, como tal, demanda por validade. Para ele, “norma é um esquema de interpretação”²⁷ que se dirige à conduta humana, estabelecendo como esta “deve ser”. Segundo ele,²⁸

É este o sentido que possuem determinados atos humanos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são – entendidos neste sentido – atos de vontade.

Ibraim José das Mercês Rocha diz que essa maneira de tratar a norma como uma ordem ou mandamento dirigido a conduta de outrem cria uma “encruzilhada”²⁹ para a teoria pura do Direito. Kelsen afirma³⁰:

“Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”.

²⁶KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 1.

²⁷KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Parte IV, Capítulo 1.

²⁸KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 5.

²⁹ROCHA, Ibraim José das Mercês. A Constituição na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/88>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³⁰KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 8.

Desse modo, surge o problema da validade para sua teoria. Nesse sentido, Ibraim assevera que³¹

O sentido subjetivo do dever ser é unilateral no sentido de bastar um querer dirigido à conduta de outrem, por outro lado o sentido objetivo do dever ser exige bilateralidade, pois a conduta dirigida ao outro sujeito deve ser considerada obrigatória não apenas do ponto de vista de quem impõe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado que considera o ato vinculante do destinatário, e no caso da norma jurídica esta vinculação possibilita até mesmo a exigência da conduta definida na norma por meio de coação.

Ainda ele acrescenta³²:

Disto decorre a necessidade de Kelsen estabelecer um critério que permita diferenciar um sentido subjetivo do dever-se, para a norma como ato de vontade qualificado que tenha objetivamente este sentido, pois só assim, este dever-ser poderá ser designado como norma.

A teoria de Kelsen tem como um de seus pressupostos a distinção entre o plano do “ser”, que corresponde aos fatos, e o plano do “dever ser”, que corresponde às normas (Direito). Essa distinção é de natureza ontológica e coloca os fatos e o “dever ser” subjetivo que dá substância à norma em desconexão. Ao afirmar que “do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo é.”³³ Kelsen termina por estabelecer que o fundamento de validade de uma norma deve repousar na validade de uma outra norma³⁴. De acordo com essa premissa, o fato de uma norma ser posta por alguma autoridade não tem por si só o condão de validar uma norma posta. Desse modo, Kelsen encontra-se obrigado a recorrer ao conceito de norma superior. Conforme suas palavras³⁵:

Esta norma confere à personalidade legiferante “autoridade” para estatuir normas. O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a

³¹ROCHA, Ibraim José das Mercês. A Constituição na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/88>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³²ROCHA, Ibraim José das Mercês. A Constituição na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/88>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³³KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 6.

³⁴KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Parte V, Item 1, seção c.

³⁵KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Páginas 216–217.

autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas.

Ibraim diz que, desse modo, ele encontra o elemento jurídico próprio que permite o fechamento hermético do direito, retirando a justificativa extrajurídica indesejada por meio de uma norma que autoriza a produção de normas por um órgão especializado, sendo ela mesma a justificação da autorização³⁶.

Dentro da teoria de Kelsen, outra natureza não poderia ter a constituição do que ser uma norma que possui a função de atribuir sentido objetivo aos atos de vontade do poder legislativo, funcionando como critério de validade superior de normas postas. Porém, a Constituição é também uma norma posta por um ato de vontade, o poder constituinte, e, de acordo com a teoria, seu fundamento de validade deve ainda remontar a outra norma³⁷:

Dentro deste diapasão, podemos observar que a Constituição histórica de determinado país tem a natureza jurídica de uma norma e é a norma fundamental deste sistema jurídico particular, pois serve de fundamento de validade de todas as demais normas destes. Mas, o fundamento de validade desta Constituição histórica deverá ser também uma norma, mas uma norma pressuposta, e por não encontrar outro nome mais adequado, cremos, Kelsen a chama também de Constituição à norma hipotética fundamental. Para fazer a diferenciação entre estas normas, cria a noção de compreensão da Constituição em dois sentidos: jurídico-lógico e no sentido jurídico-epistemológico.

Kelsen reconhece que a norma hipotética fundamental não exerce qualquer função ético-política, mas tão só uma função teórico-gnoseológica, pois ela é a condição lógico-transcendental da validação objetiva dos atos subjetivos de comando³⁸:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem

³⁶ROCHA, Ibraim José das Mercês. A Constituição na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/88>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³⁷ROCHA, Ibraim José das Mercês. A Constituição na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/88>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³⁸KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 221.

jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, 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 que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridades legislativas.

Esse modo de conceber a Constituição reduz o direito à uma pirâmide escalonada de comandos. Direito e legislativo são quase sinônimos. Apesar de a tarefa do intérprete se situar no campo de indeterminação da relação de uma norma superior que vincula o ato pela qual a norma inferior é produzida ou executada, a Teoria Pura coloca como objetivo de toda interpretação corresponder à vontade do legislador. Quando Kelsen afirma: “O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”³⁹ quer ele significar que⁴⁰

(...) a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada. De todo modo, tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida em que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma.

Dentro da Teoria Pura, o ato de prestação jurisprudencial assume a feição de efetivar a norma mediante a escolha de uma ou outra das várias significações verbais dessa mesma norma, buscando corresponder à vontade do legislador. Desse modo, a Teoria Pura encontra-se abarcada pela compreensão clássica da Separação dos Poderes.

³⁹KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 390.

⁴⁰KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 389.

2.2 CONSTITUIÇÃO: SUA PRETENSÃO DE EFICÁCIA

A concepção de Estado apresentada possui como característica fundamental, conforme demonstrado, o fato de não estipular nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Algo que torna a função jurisprudencial muito restrita. As páginas a seguir servirão para mostrar uma concepção mais ambiciosa de modelo de Estado de Direito enraizada nos Direitos Humanos. A concepção de Estado centrada nos Direitos é essencialmente marcada pela existência da categoria normativa dos princípios. Antes, porém, de tratarmos de Teoria Normativa, não se pode deixar de oferecer uma resposta ao argumento da democracia.

É necessário enfrentar o problema de conciliar a Democracia na ótica da Separação dos Poderes com o fato de os juízes tomarem decisões políticas de princípio sobre quais direitos os jurisdicionados possuem. André Cambuy ressalta que⁴¹

Nesse íterim, é importante assentar que não é exata a ideia que a separação de poderes a que Montesquieu se referiu deve ser entendida de modo absoluto, tal como foi aplicada no início do estabelecimento dos Estados modernos. A doutrina mostra que a plena independência e autônoma dos três clássicos entes institucionais foram mais uma interpretação dos seus visionários a que a exposição de Montesquieu, como foi aplicado o princípio pelos teóricos do chamado presidencialismo puro norte-americano. Para contrapor a essa ideia, fala-se hoje inclusive não em separação do Estado ou dos poderes, mas em separação de funções.

É um fato que Montesquieu concebe que “os juízes da nação são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”⁴², porém, ele mesmo, ao tratar da constituição fundamental do governo, concebe casos em que uma função interfere na esfera de competência de outra, e apresenta justificativas para tal. Transcrevendo suas palavras⁴³:

Os poderosos estão sempre expostos à inveja, e se eles fossem julgados pelo povo não gozariam do privilégio que assiste ao mais humildes dos cidadãos em um Estado livre, isto é, o de ser julgado pelos seus pares. É preciso, portanto, que os

⁴¹ÁVILA, André Cambuy. Publicação de Artigos Científicos. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária, Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/701/479>>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁴²MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. Página 172.

⁴³MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. Página 172–173.

nobres sejam citados a comparecer, não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composta dos nobres.

Poderia ainda suceder que algum cidadão, nos negócios públicos, violasse os direitos do povo e praticasse crimes que os magistrados em exercício não saberiam ou não poderiam punir. Mas, em geral, o poder legislativo não pode julgar, e tanto menos o pode neste caso particular, em que representa a parte interessada que é o povo. Portanto, o poder legislativo só pode ser o acusador. Mas diante de que ele acusaria? Iria rebaixar-se diante dos tribunais da lei, que lhe são inferiores e, mas ainda, compostos de pessoas que, sendo povo como ele, seriam impressionadas pela autoridade de um tão poderoso acusador? Não; é necessário, para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não tem nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões.

Nesse diapasão, a necessidade do argumento da democracia não se apresenta mais evidente. Dworkin trata tais dificuldades como mera questão de senso público de ilegitimidade, que podem ser corrigidas caso fosse reconhecido que tais decisões não ofendem a democracia, pois é apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas que são transferidas à esfera de competência dos juízes⁴⁴. Ao contrário do que a doutrina positivista propaga, decisões judiciais de princípio político podem significar uma versão mais formidável de democracia.

As democracias constitucionais funcionam com o acréscimo de um elemento basilar que visa corrigir a imperfeição do viés majoritário em sociedades complexas e plurais. É certo que democracia significa que o titular do poder político é o povo, porém, é um problema saber se esse poder encontra-se distribuído igualmente entre os cidadãos quando as decisões políticas são exclusivamente tomadas por um legislativo que opera através da vontade da maioria.

Dizendo de outro modo, em uma sociedade complexa, em que interesses diversos de setores diferentes da sociedade disputam terreno político para serem reconhecidos, o sistema político tradicional nem sempre atribui igual importância e consideração a todos eles. Dworkin discorre magistralmente sobre o assunto no seguinte raciocínio⁴⁵:

Se algum indivíduo ganha mais do que perde quando os tribunais incubem-se de decidir que direito ele tem, pode ser uma boa pergunta. O acesso aos tribunais pode ser caro é, desta maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres. Membros das minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do

⁴⁴DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Parte I, Item 1.

⁴⁵DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Páginas 31–32.

legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados neste fórum. Se os tribunais tomam a proteção dos direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas (...)

Nesse ponto, encontra-se a falha do argumento da democracia. Na medida em que sua maior objeção funda-se no fato da instituição judicial não funcionar pelo viés majoritário incorre em um equívoco irretorquível, pois o judiciário é um órgão contramajoritário ao qual é incumbida a função de corrigir as imperfeições do caráter igualitário do processo democrático majoritário. O argumento mostra-se ainda mais inconsistente quando constatamos que se os membros do judiciário forem eleitos, assim como os do legislativo, as questões jurídicas passariam a ser influenciadas por considerações de política partidária e os direitos fundamentais perderiam a sua importância central nos tribunais. Os membros do judiciário perderiam sua independência.

A dimensão substantiva da Democracia é inaugurada pelo reconhecimento dos Princípios Constitucionais. Na visão de Ronald Dworkin⁴⁶

as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito – de qualquer modo, não completamente – no âmbito da própria legislatura. Isso é mais importante que as efetivas decisões a que se chegam nos tribunais com essa incumbência.

O filósofo introduz, assim, o que ele denomina de "fórum do princípio": um horizonte jurídico que permite normatizar o processo político de tomadas de decisões sobre direitos, submetendo-o aos padrões de orientação insculpidos na Constituição. Conforme ele⁴⁷:

É uma característica penetrante porque obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao tribunal, mas muito antes e muito depois. Esse debate não é necessariamente muito profundo nem é sempre muito vigoroso. É, não obstante, valioso.

A possibilidade/necessidade de debater assuntos políticos como um problema de Direito regulamentado por normas, e de considerar positivamente a densidade axiológica

⁴⁶DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Página 102.

⁴⁷DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Página 102.

inevitável das decisões tomadas pelos juízes, rompe a nítida e clássica separação entre Legislativo e Judiciário. As dificuldades daí decorrentes para o senso de aceitação são transitórias. André Cambuy Ávila afirma que “os limites impostos a cada país pelo princípio da separação irá depender das exigências sociais e políticas a que eles se estrutura. Ele se materializa e assume forma de acordo com a época em que é empregado.”⁴⁸ Além de que, o conceito de Democracia não é preciso, de modo que possa encerrar a discussão na constatação de uma forma canônica.

Este problema requer uma renovação da perspectiva Teórica Constitucional na esteira das concepções mais modernas. É colocada em questão a estreiteza do caráter analítico que a concepção de Kelsen legou para a prática do Direito, muito embora valha ressaltar que sua contribuição mostra-se ainda hoje extremamente pertinente ao funcionamento estrutural do ordenamento jurídico. O ponto de partida da crítica instaura seu alicerce sobre a proposição de que a Constituição fundamental do Estado não se esgota em seu aspecto puramente normativo. As teorias mais modernas buscam consolidar um Direito capaz de lidar com o mundo ético da vida prática superando o seu distanciamento da realidade social causado pelo dogmatismo jurídico. Konrad Hesse traça as diretrizes dessa tendência ao dizer que⁴⁹

Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa.

Ao contrário do positivismo que opõe o “ser” ao “dever-ser” em dois planos intransponíveis, dentro dos parâmetros teóricos do Constitucionalismo a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Conforme Hesse “a sua essência reside na sua vigência”. A Constituição é essencialmente determinada pela sua pretensão de eficácia, ela não pode ser compreendida a partir de uma abstração do contexto da vida social,

⁴⁸ÁVILA, André Cambuy. Publicação de Artigos Científicos. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária, Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/701/479>>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁴⁹HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Página 14.

econômico e política da nação sobre a qual se encontra encarregada de concretizar seu conteúdo. Lênio Streck define a Constituição do seguinte modo⁵⁰:

percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente *porque a imensa maioria da população não os têm*; a Constituição, é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas mais do que isto, ao estabelecê-los, *a Constituição coloca a lume a sua ausência*, desnudando as mazelas da sociedade; (...)

Esta concepção de Constituição pretende refazer a natureza do Direito desde o ponto em que se localiza seu fundamento. Com o seu advento, a Teoria do Direito passa a reconhecer o elemento político como perfazendo o Direito. Considerações sobre política começam, então, a ocupar uma posição dentro da sistemática do ordenamento jurídico. Os reflexos dessa postura modificam inevitavelmente a funcionalidade do Judiciário. No exercício de suas funções, os juízes e os tribunais trabalham como uma instância decisória concretista, embora, de acordo com os constitucionalistas, não seja a única.

Isso não significa que o Judiciário não deva mais deferência ao Poder Legislativo e que os diplomas normativos expedidos por este perderam sua força vinculativa de acordo com as pretensões da Escola do Direito Livre. Implica, na verdade, uma diferenciação ontológica entre texto e norma, que exige, em contrapartida, uma diferenciação funcional entre duas instâncias políticas, uma que cria o texto jurídico e outro que o aplica/concretiza à realidade.

As razões que levaram à concepção da Teoria da Separação dos Poderes permanecem presentes no Estado Constitucional de Direito. O Judiciário precisa manipular elementos políticos de um modo diverso do Poder Legislativo. A atribuição dessas funções a dois Poderes distintos tem a finalidade de evitar arbitrariedades no exercício do poder, de modo semelhante à concepção clássica da Separação dos Poderes.

Pouco, até o momento, foi esclarecido sobre a natureza das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. O próximo capítulo descreverá a perspectiva técnica normativa que

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: livraria do Advogado editora, 2009. Página 307.

corresponde aos parâmetros teóricos do Constitucionalismo e, no final, conterà uma crítica às insuficiências do pensamento dogmático ainda bastante presente no ambiente jurídico.

3 O DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Até o momento o trabalho tratou a sua questão temática apenas do panorama macroinstitucional. A problemática, porém, não foi completamente esgotada, restam ainda complicações intrínsecas ao âmbito da teoria da decisão para serem tratadas mais minuciosamente.

O pensamento jurídico atual encontra-se em ponto de inflexão, mormente no que diz respeito ao desprestígio de um tipo de raciocínio, conforme salienta João Maurício Adeotado, fundamentado no conceito de norma jurídica como ponto de partida para uma decisão silogística e a ascensão do pensamento prático-argumentativo.⁵¹

Esse contexto apregoa mudanças na relação entre o intérprete e os textos jurídicos. Aquilo que se pode esperar dos textos jurídicos não corresponde mais ao privilégio que este detinha sobre a norma jurídica; embora este seja um componente para a construção da norma, não a constitui isoladamente. O caso concreto afigura-se como outro componente, enquanto o intérprete apresenta-se como encarregado por realizar a mediação. Isso significa, drasticamente, que a tarefa de interpretação não visa obter exclusivamente dos textos jurídicos respostas objetivamente exatas e, sim, respostas preferencialmente razoáveis. Nas páginas a seguir esse tipo de pensamento será exposto minuciosamente, em conformidade com o desenvolvimento de uma segunda etapa da questão central e, em seguida, serão denunciadas as insuficiências do pensamento dogmático atual em trabalhar com essa perspectiva.

3.1 A PERSPECTIVA TÓPICA NO DIREITO

Os Princípios Constitucionais alçam o Direito para além de um sistema de normas de conduta previamente estabelecidas, introduzem um novo modo de manejo dos conceitos e institutos jurídicos. Essa categoria normativa foi construída com base no pensamento tópico resgatado por Theodor Viehweg.

⁵¹ ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009. Capítulo Sétimo.

A tópica é uma técnica de pensamento que se realiza de modo inverso ao modo de pensar sistemático que trata o Direito como um conjunto de soluções previamente dadas e organizadas em um sistema lógico. Viehweg define a tópica como “*techne* do pensamento que se orienta para o problema”⁵². Essa maneira de abordagem consiste em fazer o caso concreto assumir a feição de uma situação concreta e problemática que inquietantemente demanda por uma solução apropriada ao invés de tomar como base algum sistema que possibilite proceder por inferências.

A ênfase ao problema demarca uma característica fundamental da Constituição que é a vinculação do Direito com a realidade, as normas constitucionais não podem ser interpretadas independentemente da realidade político-social. Hesse assevera que “devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado.”⁵³ A Constituição não pode ser aplicada de forma desconexa da realidade histórica concreta. O intérprete deve “concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”⁵⁴ Ao exercer essa função o jurista utiliza o estilo de pensamento problemático, que, de acordo com Viehweg, mais precisamente, é um procedimento caracterizado pela utilização de pontos de vistas que sejam fecundos e que possam levar a consequências que nos iluminem quando estamos diante de um contexto cujo caminho deve se encontrar.⁵⁵ Esse comportamento existe pré-ontologicamente, mesmo quando não há consciência explícita disso; pode, no entanto, ser elaborado cientificamente, ao reunir-se de antemão um repertório de pontos de vistas, os quais recebem a denominação *topoi*, e aplicando-os aos casos concretos quando são projetados como problemas.⁵⁶

Chaim Perelman define os *topois* como “um ponto de vista, um valor que é preciso levar em conta em qualquer discussão e cuja elaboração redundará numa regra, numa máxima, que o orador utilizará em seu esforço de persuasão.”⁵⁷ Segundo ele, os *topoi* são

⁵² VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 33.

⁵³ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Página 26.

⁵⁴ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Páginas 22 e 23.

⁵⁵ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Seção 3.

⁵⁶ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Seção 3.

⁵⁷ PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Página 159.

noções que fornecem argumentos que indicam um sentido, uma tese jurídica para a solução do caso concreto: "Daí resulta que não basta ter princípios gerais como ponto inicial de uma argumentação: é preciso escolhê-los de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, formulá-los e apresentá-los, interpretá-los enfim, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente."⁵⁸

São noções, perspectivas, cujos contornos são vagos e imprecisos, difundidas e aceitas no meio social, pelas quais as pessoas orientam seu comportamento fazendo com que assumam uma determinação precisa diante da situação concreta que demanda uma saída, um caminho. Adentram o Direito e ganham obrigatoriedade vinculante mediante a positivação dos Princípios Constitucionais. Honrad Hesse assevera que⁵⁹

a Constituição - entendida aqui como "Constituição jurídica" - não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar "forma e modificação" à realidade; onde inexiste força a ser despertada - força esta que decorre da natureza das coisas- não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe da sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

Finalmente, é essa dimensão da Teoria Constitucional que representa a imposição de determinados conteúdos éticos fundamentais ao Direito; nítida oposição ao positivismo jurídico que, conforme Adeodato, "já se esvaziou de conteúdos éticos quanto ao poder constituinte originário"⁶⁰. Com a tópica, o Direito é capaz de adentrar no mundo da experiência humana intersubjetiva e prescrever as condutas corretas, não simplesmente as que autorizam sanções estatais, casuisticamente.

O caráter tópico do Direito, afirma Viehweg, "permite aos juristas entender o direito não como algo que se limitam a aceitar, mas sim como algo que eles constroem de uma maneira responsável. Toda sua personalidade está comprometida nisso"⁶¹, o intelecto do jurista passa a fazer parte dos componentes estruturais da realidade jurídica, que não é mais

⁵⁸PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Página 170.

⁵⁹HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Página 18.

⁶⁰ADEODATO, João Maurício. Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009. Página 131.

⁶¹VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 50.

compreendida simplesmente como um repertório de normas jurídicas pré-estabelecidas pairando no ar, aguardando à disposição para serem utilizadas.

Com a tópica, uma transformação essencial ocorre no procedimento judicial de decisão em relação ao modelo decisório do positivismo jurídico. A principal consequência do pensamento problemático é que os conceitos que são desenvolvidos não podem ser submetidos a uma sistematização rigorosa sem que se descaracterize a frutividade peculiar do estilo, eles⁶²

"devem ser entendidos como partes integrantes de um pensamento tópico. Sua vinculação com o problema impede um desdobramento do pensamento que seja conseqüentemente lógico e há que evitar precisamente aquilo que conduz ao sistema dedutivo, se se quer conservar a proximidade do problema."

Tal transformação é de um modo que não mais subsiste a separação entre o ordenamento jurídico e a realidade concreta dos fatos, ao modo de uma premissa maior e uma menor que representam, respectivamente, a norma jurídica abstrata que regulará o caso concreto contido na premissa menor. O modelo decisório estritamente lógico, característico do viés estritamente majoritário de democracia legislativa, termina por obstruir a via de acesso "problemática" ao caso concreto, embotando o intelecto criativo do intérprete.

Tomando como base aquilo que já foi exposto nas páginas anteriores, pode-se afirmar que esse modelo decisório corresponde à concepção Kelsiana de normatividade que está intrinsecamente conectada, por sua vez, ao modelo político majoritário de democracia. Os novos padrões de normatividade constitucional, ao contrário, exigem do intérprete um raciocínio dialético capaz de lidar com pontos de vistas e argumentos contrapostos, móveis de um debate na busca da solução justa para o caso concreto.

Sob a perspectiva de trabalho que a tópica imprime ao Direito, a deferência ao Poder Legislativo parece problemática. Aparece, naturalmente, a questão de como é garantida e situada a posição do legislador concomitantemente à possibilidade institucional do Poder Judiciário ter margem de liberdade para trabalhar diante do caso concreto sobre o enfoque ético-político, de acordo com padrões estabelecidos na Constituição.

⁶²VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 50.

3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DO DIREITO

Os princípios jurídicos formam uma categoria de normas jurídicas que possuem a função de direcionar a argumentação jurídica para uma dada direção. Eles exigem uma pretensão de complementariedade por parte do intérprete, pois indicam apenas um sentido vago para tomada da decisão particular.

Por outro lado, o postulado da maioria permite ao Direito o manuseio político de um dado empírico denominado de "vontade do legislador". Tendo em vista a neutralidade axiológica almejada pelo positivismo jurídico em sua pretensão de cientificidade, a adoção da ideia se apresenta bastante conveniente, pois possibilita ao Direito uma roupagem lógica que, conforme Fábio Ulhoa Coelho, “agrega-se à ideologia jurídica a crença de segurança, rigor, certeza, que são marcas típicas do pensamento lógico.”⁶³ Imanente a esse pressuposto, existe a aspiração a uma prática jurídica capaz de neutralizar o aporte axiológico do intérprete, de modo que o Direito se torne autossuficiente, com um sistema jurídico que proporcione decisões conforme a política do legislador mediante cálculos de subsunção. É justamente essa proposta política que provoca a transição para a dogmatização estatal do Direito e para o positivismo, afirma Adeodato⁶⁴.

A interpretação dos textos jurídicos, dentro da Teoria Pura do Direito, apresenta-se cindida em dois momentos distintos: um momento de interpretação e um momento posterior de aplicação. Propriamente científico, conforme Kelsen, é a “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”⁶⁵, na sua teoria da interpretação⁶⁶

o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no tribunal, especificamente.

⁶³COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de Lógica Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 105.

⁶⁴ADEOTADO, João Maurício. Ética & Retórica. São Paulo: Saraiva, 2009. Capítulo Sexto.

⁶⁵KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 390.

⁶⁶KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 390.

A teoria da moldura imuniza pretensamente a tarefa interpretativa de pré-conteúdos axiológicos, empurrando-os para um âmbito como que extrajurídico⁶⁷;

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

Eros Roberto Grau afirma que, em Kelsen, “a decisão judicial de um caso concreto pode ser influenciada por princípios morais, políticos ou dos costumes, mas tem como fundamento de validade o princípio formal, de direito positivo, da força da coisa julgada”⁶⁸, não princípios constitucionais.

Essas considerações demonstram que o positivismo repousa sobre a construção epistemológica que afirma a possibilidade ontológica de conhecer os objetos dentro do mundo de um modo independente de nossa situação mundana, desprezando o contexto historial humano sobre o qual os mesmos textos devem exercer eficácia. O fato de o intérprete ter de aplicar juízos de valor através de atos volitivos, devido à imprecisão verbal da linguagem pela qual a vontade do legislador é veiculada, é um inconveniente incontornável, pois atribui inexoravelmente função criadora aos tribunais que, embora mesmo que vinculado pela norma geral do legislador, produzem a norma individual reguladora do caso concreto, e isso dentro da normalidade. Em casos limites, o tribunal deverá criar norma geral e fazer, até mesmo, precedentes.⁶⁹

Evidentemente, isso representa complicações para a própria teoria que, além de sustentar a discricionariedade no ato de aplicação do Direito, deve justificar-se do mesmo modo diante do modelo de Estado de Direito que promove, cujo principal fundamento é a segurança jurídica que se encontra já ameaçada. No entanto, a vontade do legislador permanece de certo modo assegurada como pressuposto indispensável à interpretação jurídica e o significado da lei previamente resguardado frente à mutabilidade da realidade concreta dos fatos.

⁶⁷KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 394.

⁶⁸GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 170.

⁶⁹KELSEN, Hanz. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Seção V, subseção “g”.

O advento do Constitucionalismo coloca o Direito sobre outras bases epistemológicas que implicam uma transformação radical na relação do intérprete com o texto que interpreta. O positivismo é fortemente caracterizado por apresentar o Direito como um livro de regras previamente estabelecidas.

O Direito Constitucional não abandona esse pressuposto, porém, o relativiza em vista da necessidade histórica de operacionalizar conteúdos éticos - conforme visto nas páginas precedentes, o princípio da maioria dá meio passo atrás para possibilitar a consideração do caso concreto como um problema jurídico. Humberto Ávila assevera que⁷⁰

a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal.

Ele conclui que as normas não se confundem com os textos normativos; são, na verdade, os sentidos construídos a partir da interpretação desses textos. Para o autor, a vontade do legislador também não sucede, pois pressupõe a existência de uma vontade unívoca fundadora do texto, enquanto o processo legislativo qualifica-se como um processo complexo em que participam diversas vontades⁷¹.

De outro lado, a natureza ontológica do processo compreensivo dos textos também não permite a reanimação, pelo intérprete, da intenção original do autor que escreveu o texto⁷². O que o intérprete faz é reconstruir sentido, “tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.”⁷³ Isso significa que a língua, com suas estruturas conceituais prévias, apreende incessantemente novos pontos de vistas ao lado do já fora fixado. Theodor Viehweg diz que⁷⁴

neste ponto o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de interpretação. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas,

⁷⁰ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 31.

⁷¹ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 31.

⁷²GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. Terceira Parte, seção 1.

⁷³ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 33.

⁷⁴VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 42.

submetendo-as a novos pontos de vistas, que frequentemente se produzem em uma conexão completamente distinta e tornam possível que se dê às velhas fixações um novo rumo.

Segundo Gadamer, o “jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso concreto”⁷⁵. O filósofo afirma que “é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação”⁷⁶. O intérprete não vai primeiramente ao texto para extrair possibilidades lógicas de interpretação, mediante seus aportes cognitivos neutros, e depois aplica o resultado da interpretação (norma) ao caso concreto. Tudo ocorre em um único momento. Lenio Streck assevera que “o texto não subsiste *como* texto; *não há texto isolado da norma!* O texto já aparece na 'sua' norma, produto da atribuição de sentido do intérprete”⁷⁷. Não há separação entre texto e norma, há, simplesmente, uma diferença ontológica.

Isso, porém, não exime o problema inicial, apenas implica na sua reformulação. O que de fato ocorre é a impossibilidade de eliminar um teor mínimo de insegurança e imprevisibilidade do Direito em vista da mutabilidade da realidade jurídica sobre a qual visa atuar, qualquer que seja a perspectiva filosófica adotada pra a apropriação dessa realidade. Qualquer modelo de Estado de Direito deve, inexoravelmente, lidar com o fato. No entanto, a vantagem que o Estado Constitucional apresenta sobre o positivismo jurídico é a institucionalização, por meio da técnica normativa, dos conteúdos político-morais que sempre o influenciaram ideologicamente. Assim, torna-se possível controlar a profusão de sentidos que podem advir do processo interpretativo, eliminar a discricionariedade e estabelecer um parâmetro democrático para distinguir as boas das más decisões.

Tendo em vista o percurso adotado pela investigação, neste momento a problemática inicial requer uma nova reformulação nos seguintes termos: devido à historicidade da interpretação como garantir a deferência, necessária em todo Estado de Direito, que o Poder Judiciário deve prestar ao Poder Legislativo? Para responder à questão é necessário fazer uma análise mais detida sobre a teoria dos princípios jurídicos e delimitá-los frente outra espécie

⁷⁵GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. Página 428.

⁷⁶GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. Página 409.

⁷⁷STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Página 312.

normativa denominada de "regras para apreender como funciona a interação entre o Judiciário e o Legislativo no momento da aplicação do Direito".

Dworkin identifica os princípios como tipos particulares de padrões que enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas necessita uma decisão particular⁷⁸. As regras, para ele, são padrões aplicáveis à maneira de tudo ou nada. “Dado os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e, nesse caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e, desta feita, em nada contribui para a decisão”.⁷⁹ Dworkin, deste modo, procura enfatizar a concepção de que as regras devem ser obedecidas, porém, em seu pensamento, como será demonstrado mais adiante, esse pressuposto não é tomado de modo absoluto. No mais, Dworkin afirma que os “princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular.”⁸⁰

Já a investigação de Humberto Ávila conclui pela conceituação das regras como⁸¹

Normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

e os princípios como⁸²

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Na aplicação do Direito, as regras, afirma Ávila, representam o momento de autoridade proveniente da instituição de sua vigência. A influência dessa espécie normativa para a decisão é de tal modo que “a própria regra que funciona como razão para a adoção do

⁷⁸DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 41.

⁷⁹DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 39.

⁸⁰DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 46.

⁸¹ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 78.

⁸²ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Páginas 78 e 79.

comportamento”⁸³. O seu aspecto frontalmente comportamental dispensa, inicialmente, o aplicador de realizar as ponderações pertinentes aos fins concretos a serem alcançados, tendo em vista que a relação entre o comportamento e as conexões de sentido subjacentes e sustentadoras já se encontra previamente estipulada e fixada – aplica a regra porque ele promove supostamente um fim almejado. A autoridade do dogma funciona como a razão para agir da maneira predeterminada pela norma regra. O importante é que esse padrão de aplicação confere algum grau de certeza e segurança ao Direito, pois permite a estabilização da interpretação das leis e a validade virtual do conceito de “intenção do legislador”.

Por outro lado, o Direito não conseguiria resolver os conflitos em sociedade se não fosse um mecanismo flexível de composição de interesses⁸⁴. Haverá momentos que o Judiciário deverá afastar-se das positivações efetuadas e atualizar a interpretação dos textos jurídicos para sua adaptação aos novos casos em que deve ser aplicado. Nesse momento, os princípios constitucionais mostram sua verdadeira importância para a aplicação do Direito. Humberto Ávila observa que “as normas jurídicas são decisivas para a interpretação dos fatos. Não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.”⁸⁵ O intérprete constrói ambos conceitos: o fato e a norma que o regula.⁸⁶

Trata-se, como se vê, de um procedimento retro operativo, pois são os princípios que determinam quais são os fatos pertinentes, mediante uma releitura axiológica do material fático. O Direito não escolhe os fatos, mas oferece critérios que podem ser posteriormente projetados aos eventos para a construção dos fatos.

O juiz realiza uma busca dialética por uma solução razoável em conformidade com os textos normativos em vigor. O processo é descrito, também, por Viehweg: “partindo de uma compreensão provisória do conjunto do direito, forma-se a compreensão dos fatos, que por sua vez repercute de novo sobre a compreensão do direito.”⁸⁷ Ele afirma que é⁸⁸

“a interpretação do simples estado de coisas, que, em qualquer caso, parece necessitado de um tratamento jurídico. É preciso submetê-lo prontamente a uma

⁸³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 49.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de Lógica Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 106.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 99.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 100.

⁸⁷ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 83.

⁸⁸ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 82.

determinada compreensão como o propósito de torná-lo manejável no sentido jurídico. Para conduzi-lo ao sistema jurídico, o estado de coisas tem de ser provisoriamente interpretado mediante um panorama prévio aproximativo, o que novamente ocorra à maneira tópica.”

A aproximação interpretativa ao texto jurídico encontra-se carregada de expectativas de sentidos construídas pela aplicação prévia dos princípios constitucionais. A interpretação do Direito, afirma Eros Roberto Grau, “necessariamente, se dá no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve expor o enunciado semântico do *texto no contexto histórico presente* – não no contexto da redação do texto.”⁸⁹

Conforme explicitado mais acima, o intérprete, ao aplicar o Direito, já se depara com modelos decisórios provisórios e prévios imbuídos de autoridade dogmática – eficácia de trincheira das regras⁹⁰. Ocorre que nem sempre esses modelos afiguram-se como aptos a proporcionar a decisão justa para o problema jurídico presente. Nesses casos de aplicação do Direito podem ocorrer dois fenômenos hermenêuticos que Ávila denomina de *rule’s purpose* e *overruling*. Afirma ele que⁹¹

a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule’s purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*).

Ávila conclui que não é “adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto – “tudo ou nada” – de aplicação”⁹². Sempre haverá circunstâncias que não foram previstas pelo legislador. Existem fatores de ordem real que exigem a atualização do Direito ao momento presente da aplicação. Chaïm Perelman constata que é impossível identificar o direito positivo com um conjunto de leis e regulamentos, enfatizando apenas a sua validade formal. Ele afirma que haverá divergência entre a letra dos textos, sua interpretação e sua

⁸⁹GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 120.

⁹⁰ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 49.

⁹¹ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 47.

⁹²ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 47.

aplicação, referindo-se à vida do Direito como o modo em que um mesmo texto pode ocasionar interpretações variáveis conforme as épocas.⁹³

Esse processo que envolve a superação de dogmas estabelecidos para formação de outros mais atuais acentua a importância dos princípios jurídicos na aplicação do Direito. Os princípios jurídicos funcionam como justificativa subjacente para a decisão. Eles fornecem razões de ordem axiológicas enquanto prevêm fins para aplicação do Direito – não apenas para aplicação, mas também para toda a vida política do Estado. Por outro lado, conforme considerado por Dworkin, a sua aplicação pode representar um problema relativo à prática da Separação dos Poderes. As mudanças de interpretação que eles justificam juridicamente podem colocar em cheque a estabilidade do Estado de Direito. Dworkin considera o problema de seguinte maneira⁹⁴:

Um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.

O Estado Constitucional de Direito coloca à disposição do jurista uma tecnologia que possibilita manejar o Direito sobre a tensão institucional (sempre) existente entre os poderes Legislativo e Judiciário. Ele a abarca e a desenvolve consistentemente em uma teoria normativa mais apropriada ao fenômeno jurídico. Perelman o caracteriza como um instrumento flexível capaz de adaptar-se aos valores dominantes na sociedade – não aqueles provenientes de diretrizes governamentais. A partir de sua análise do raciocínio judiciário, conclui que, nessa perspectiva, a esfera de atuação política do juiz encontra-se adstrita à função de conciliar as leis e as instituições com esses valores, de modo que se ponha em evidência tanto a legalidade quanto a razoabilidade e aceitabilidade das decisões judiciais.⁹⁵

⁹³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Página 187.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Página 60.

⁹⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Página 200.

O cerne do questionamento proposto como móvel deste trabalho mostra-se, portanto, incontornável sobre qualquer posicionamento que se adote com relação ao Direito. Em sua história, o Direito experimentou dois períodos correspondentes às teorias do direito natural e do positivismo jurídico, cada qual apresentando um parâmetro de justiça diferente com relação ao paradigma legal. Fábio Ulhoa afirma que a oposição acompanhará os juristas por toda sua vida profissional, pois é fundamental para regular o funcionamento do Direito⁹⁶.

A flexibilidade do Direito proporcionada por instrumentos argumentativo-dialéticos não implica no desvanecimento do Poder Legislativo frente ao Poder Judiciário. Apesar de possuírem certa margem de liberdade, os juízes encontram-se vinculados a uma série de fatores externos que dizem respeito à estrutura objetiva dos textos normativos editados pelo Legislativo, aos fins almejados pela normatividade constitucional, bem como à preservação dos valores juridicamente relevantes. Como fator interno existe a autoridade das fixações realizadas pelos outros órgãos judiciários, que, em condições excelentes de interpretação, devem ser ponderadas cuidadosamente com vista ao momento presente da aplicação.

A função criativa dos juízes também não nulifica a segurança jurídica necessária ao funcionamento do Estado de Direito. Segundo o enfoque constitucional, o ordenamento jurídico afigura-se como panorama fragmentário⁹⁷, uma interpenetração da dogmática e da hermenêutica é desejável e inevitável. Gadamer assevera que “entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia.”⁹⁸ Para ele “a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.”⁹⁹ Ocorre que o sistema jurídico tem, sim, uma congruência, conforme Fábio Ulhoa, os elementos jurídicos – as normas, as proposições, as súmulas etc. – mantêm uma relação entre si, mesmo que não seja lógica. Ulhoa propõe que se considere tal relação como pseudológica.¹⁰⁰

⁹⁶COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de Lógica Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 107.

⁹⁷VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Página 36.

⁹⁸GADAMER. Hans-Georg. Verdade e Método I. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. Página 433.

⁹⁹GADAMER. Hans-Georg. Verdade e Método I. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. Página 433.

¹⁰⁰COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de Lógica Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 87.

Para Gadamer:¹⁰¹

“A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundamento na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas. A princípio, qualquer advogado ou conselheiro está capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado.”

Eros Grau nota devidamente que o Direito é alográfico. O que significa dizer que o “texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador”¹⁰². O texto só alcança seu sentido – a norma jurídica – por meio de sua interpretação realizada pelos órgãos encarregados de competência jurisdicional. O Direito é, portanto, produzido conjuntamente pela interação entre os poderes Legislativo e Judiciário. A comunidade jurídica apreende o Direito preliminarmente trabalhado pela interpretação realizada pelo intérprete oficial.

O fenômeno fora percebido até mesmo por Kelsen, quando este afirma que apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito é autêntica, capaz de criar Direito. Ele distingue, assim, a interpretação feita pelos tribunais – autêntica – da interpretação realizada pela ciência do Direito – não autêntica¹⁰³. Há, sim, divergência quanto à natureza do processo de interpretação, que implica em duas posturas diferentes com relação à natureza do Direito. O Estado Democrático Constitucional de Direito considera que o Direito possui matiz política por excelência e não por consequência, portanto, transcende a lei enquanto encontra-se, simultaneamente, contido nela.

Essa proposta é representada pelos princípios constitucionais que permitem controlar argumentativamente o uso dos valores na interpretação, portanto, racionalmente, ao contrário do positivismo, que entrega a aplicação do Direito aos juízos discricionários do intérprete.

A repartição estanque entre os poderes Legislativo e Judiciário foi sustentada apenas nos momentos históricos iniciais da vida do Estado de Direito. Demonstrados todos os

¹⁰¹GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. Página 433.

¹⁰²GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editora, 2009. Página 30.

¹⁰³KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Seção VIII.

aspectos do problema, pode-se firmar a conclusão de que não há afronta ao Princípio da Separação dos Poderes quando o Judiciário adota a postura ativista. É observável, também, que a judicialização do Direito representa uma opção mais vantajosa para a sociedade, pois acrescenta ao Direito a dimensão do princípio que antes era vilipendiada como irracional e, portanto, insuscetível de operacionalização, ao mesmo tempo que mantém todas as outras etapas alcançada pela evolução histórica do Estado.

Resta constatar que não apenas o Judiciário tende a assumir uma feição mais próxima da função legislativa; por outro lado, o Poder Legislativo também precisa estar atento à evolução das relações sociais com enfoque nos textos jurídicos em vigência, para que não ocorra uma disparidade muito acentuada entre os dois que possa prejudicar o exercício da função judiciária do Estado. Os textos jurídicos devem apresentar-se sempre adequados à concretização na realidade atual.

CONCLUSÃO

O fenômeno estudado destacou-se no contexto mundial após a Segunda Guerra Mundial como uma alternativa para o esgotamento do modelo jurídico que estava em prática quando as barbáries então cometidas estariam prestes a serem justificadas juridicamente. A partir de então, a vida política do Estado experimentou uma acentuação da importância e atuação do Poder Judiciário, mormente no que diz respeito à avocação de uma pequena porção da esfera de atuação do Poder Legislativo.

Obviamente, surge a problemática da afronta à Separação dos Poderes, que coloca em cheque a viabilidade da atuação proativa do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Os pensadores que defendem o ativismo judicial se valem de outro modelo de Estado, baseado numa forma inovadora de aplicar a Constituição, e outras categorias jurídicas para justificar a fenômeno. Argumentam que o Estado de Direito Constitucional Democrático afigura-se como uma opção mais eminente, que eleva o nível das relações entre a Sociedade e o Estado, uma vez que proporciona uma compreensão mais adequada da realidade humana.

O Direito sofre, com isso, mudanças significativas desde os fundamentos sobre os quais repousa. Na concepção anterior, o ordenamento jurídico somente poderia encontrar um fundamento de validade exclusivamente formal em virtude de uma noção de normatividade caracterizada, essencialmente, pela intransponibilidade entre os planos do ser e do dever-se. O Princípio da Separação dos Poderes, consolidado nos parâmetros desse modelo, procurava estabelecer uma fronteira mais nítida possível entre os poderes Legislativo e Judiciário, de tal modo que a função precípua inerente a cada um esteja bem definida e delimitada. A forma de Democracia utilizava um viés estritamente procedimental, o papel político do Estado expressava-se apenas no desempenho de aferir a vontade da maioria, sem utilizar critérios que permitissem direcionar fatidicamente o destino político da sociedade. Nesse caso, a desenvoltura do Poder Judiciário limitava-se, basicamente, em apenas reproduzir a vontade do legislador contida nos textos jurídicos.

A Democracia Constitucional opera com um elemento inovador denominado de "fórum do princípio", um horizonte que permite ao intérprete do Direito basear a aplicação na ponderação de razões de ordem axiológicas. O âmbito de ação do Princípio é bastante amplo,

dirigindo o destino político da sociedade, sua importância é vital para o funcionamento de todas as áreas de atuação do Estado. A validação jurídica dessa categoria normativa ocorreu com modificação substancial da Constituição, provocada pela necessidade histórica de reorganizar a prática do Direito. A Constituição recebe, a partir de então, a determinação de dirigir faticamente as relações sociais, denominadas de “pretensão de eficácia”.

O conceito de normatividade sofre, também, alteração, de modo que agora realidade e norma não podem ser compreendidas separadamente. A norma que visa dirigir a realidade não alcança esse desígnio caso não seja interpretada contextualmente a essa mesma realidade. Essas duas modificações de categorias jurídicas implicam, evidentemente, na mudança de postura do Poder Judiciário com relação à interpretação e aplicação do Direito. É justamente nesse ponto que se encontra a controvérsia que move a exposição.

Portanto, o Princípio da Separação de Poderes não é desrespeitado quando os juízes tomam decisões políticas de princípios, pois ainda subsiste uma repartição de funções, não tão nítida quanto a sua concepção clássica, mas que ainda é necessária pelas mesmas razões que inspiraram a sua concepção original: evitar o exercício autoritário e arbitrário do poder político e possibilitar sua organização democrática. Sob a ótica institucional, as decisões políticas do Judiciário são de natureza diferente as que são tomadas pelo Poder Legislativo. As decisões do Judiciário visam resguardar os Direitos Fundamentais Individuais dos cidadãos frente à ditadura da maioria, corrigindo as imperfeições do caráter igualitário do viés majoritário de democracia; enquanto o Legislativo opera mediante a disputa política, institucionalmente organizada, de interesses divergentes presentes na sociedade, em que a satisfação de qualquer deles representa algum tipo de impedimento com relação à satisfação de outro interesse antagônico.

A análise voltada para mostrar como o manejo dos Princípios Constitucionais Jurídicos não significa ameaça a integridade do conceito de Separação dos Poderes demonstrou que ocorre uma mudança na relação entre o intérprete e os textos jurídicos e que os princípios desenvolvem um papel fundamental neste momento. O Estado de Direito Constitucional adota o pressuposto hermenêutico de que toda interpretação é situacional. A sua finalidade é concretizar os textos jurídicos ao presente, de modo que proporcione uma solução adequada ao caso concreto. Os princípios permitem ao intérprete destacar e controlar o horizonte que representa a influência da autoridade da tradição e atualizar o Direito às

necessidades do presente, em conformidade com os direcionamentos políticos insculpidos na Constituição. Porém, isso não significa que o intérprete pode dizer qualquer coisa a respeito de seu objeto, desconsiderando a estrutura objetiva dos textos jurídicos editados pelo Poder Legislativo. O cânone interpretativo da vontade do legislador também não tem relevância e não deve limitar ou interferir na interpretação. À natureza do processo hermenêutico pertence unicamente a relação atual do intérprete com os textos, em que é visada, com exclusividade, a idealidade pura do sentido.

Por outro lado, a interpretação deve coexistir com a necessidade de segurança jurídica e previsibilidade, representada pelos padrões eminentemente comportamentais das regras jurídicas. Toda interpretação remonta à possibilidade de outras interpretações. O Direito funciona sobre a tensão entre as interpretações que o texto assume no tempo e a própria unidade do texto. Dizendo de outro modo, o intérprete encontra-se constantemente diante da escolha de prestigiar ora a justiça, ora a segurança jurídica. Tal fato faz com que o ordenamento jurídico apresente-se como um panorama fragmentário.

O ativismo não representa de modo algum afronta à separação de poderes. A segurança jurídica que caracteriza todo Estado de Direito e funda o paradigma legal não desaparece no Estado de Direito Constitucional. Pelo contrário, é plenamente possível para um jurista habilitado no pensamento prático predizer as decisões dos tribunais, porém, obviamente, não baseado unicamente nas leis em vigor; é necessário, também, um conhecimento de todos os componentes da judicatura e a plena concretização na situação para julgar juridicamente o caso concreto.

A ideia de ordem jurídica é fundamental para o Direito e, embora a relação entre seus elementos não possua a natureza lógica dos sistemas matemáticos, existe uma relação de congruência entre eles. O sistema jurídico é, assim, simultaneamente, aberto e fechado, pois a decisão justa só pode ser alcançada mediante a função complementadora do juiz, que é o único capaz de estabelecer uma relação de ser para o caso concreto.

Dito de outro modo, as palavras do texto possuem uma abstração do contexto para o qual foi designada para viger, que exige uma correção mediante a complementação da interpretação realizada pelo Poder Judiciário. Essa debilidade é imanente a toda transmissão da tradição feita na linguagem, que exige da leitura sua reconversão em sentido no momento

presente em que se realiza. Essa é a natureza hermenêutica de todo processo de interpretação, da qual é impossível desvencilhar-se.